DER ZUGANG ZUM REVISIONSGERICHT IN ZIVILSACHEN, INSBESONDERE DIE ANNAHMEREVISION

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hasso Kaempfe
wissenschaftlicher
Mitarbeiter
aus
Osnabrück

Marburg 1979
Druck von citydruck in Würzburg

DER ZUGANG ZUM REVISIONSGERICHT IN ZIVILSACHEN, INSBESONDERE DIE ANNAHMEREVISION

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hasso Kaempfe
wissenschaftlicher
Mitarbeiter
aus
Osnabrück

Marburg 1979
Druck von citydruck in Würzburg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 28. Januar 1979

Berichterstatter: Professor Dr. Bruns
Mitberichterstatter: Professor Dr. Baltzer

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Reiner Marschall

zum

Gedenken

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546027_0033

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Einleitung 1

2. Gang der Arbeit 4

ERSTER TEIL: GRUNDLAGEN DER REFORM

3. Die historische Entwicklung der Zugangsbeschränkungen 9

3.1. Die Schaffung der Reichszivilprozeßordnung 9

3.2. 1879 - 1945 11

3.2.1. Die Reformbestrebungen bis zum Ersten Weltkrieg 11

3.2.2. Die Zwischenkriegszeit 12

3.3. Die Zugangsregelungen nach dem Zweiten Weltkrieg bis 1975 14

3.3.1. Einflüsse der Besatzungszeit 14

3.3.2. Die weitere Entwicklung bis 1975 16

3.4. Ergebnis: Überlastung als fortwährender Reformanlaß 17

4. Ursachen der Überlastung und Mittel der Begegnung 20

4.1. Ursachen der Überlastung 20

4.2. Entlastungsmöglichkeiten 22

4.2.1. Langfristige Veränderungen 22

4.2.2. Maßnahmen auf dem Gebiete des Revisionsrechts 23

4.2.3. Personelle Erweiterungen 23

5. Die Zwecke der Revision 26

5.1. Die Revisionszwecke als Diskussionsanlaß 26

5.2. Die Revision als eigenständiger Rechtsmitteltyp 28

5.2.1. Bedeutung des Wesens der Revision für die Zweckermittlung 28

5.2.2. Die Grundzüge ähnlicher Rechtsmittelformen 29

5.2.2.1. Vergleichbare Rechtsmittel 29
5.2.2.2. Die deutsche Berufung 30
5.2.2.3. Die französische Kassation 31
5.2.2.4. Die preußische Nichtigkeitsbeschwerde 33

5.2.3. Die begriffsbestimmenden Merkmale der Revision 34

5.2.4. Folgerungen für die Zweckermittlung 35

5.3. Ermittlung der Revisionszwecke und ihr Verhältnis zueinander 38

5.3.1. Der übergeordnete Rechtsmittelzweck 38

5.3.2. Die Kontrollfunktion der Revisionsinstanz 39

5.3.3. Das Verhältnis der Revisionszwecke (Kontrollfunktionen) zueinander 41

5.3.3.1. Kritik an der vorherrschenden Ansicht 41
5.3.3.2. Ablehnung eines Rangverhältnisses 44

5.3.4. Die Frage eines Rangverhältnisses bei der Verfahrensauswahl 46

5.3.5. Ergebnis 47

6. Verhältnis der Reformanlässe zueinander 48

ZWEITER TEIL: DER ZUGANG ZUR REVISION IM WEGE DER ANNAHME DURCH DEN BUNDESGERICHTSHOF

7. Einführung 50

8. Abschaffung der Streitwertrevision 52

8.1. Der Vorwurf der Sozialwidrigkeit 53

8.1.1. Inhalt der Kritik 53

8.1.2. Versuche der Entgegnung im Schrifttum 53

8.1.3. Die Berücksichtigung des jeweils betroffenen Personenkreises 55

8.2. Die sachbezogene Auswahl der Streitigkeiten als Ansatzpunkt der Reform 56

8.3. Vorläufiges Ergebnis 58

9. Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache 59

9.1. Die grundsätzliche Bedeutung als Revisionsgrund 59

9.1.1. Bisherige Konkretisierung des Begriffs 59
9.1.1.1. Einführung in die Problematik 59
9.1.1.2. Definition nach der Rechtsprechung 61
9.1.1.3. Weyreuther 62
9.1.1.4. Prütting 63
9.1.2. Der Anwendungsbereich des Begriffs 68
9.1.3. Zwischenergebnis 72
9.1.4. Das Beurteilungsermessen der Gerichte 73
9.1.4.1. Bisherige Kritik und heutige Gesetzesfassung 73
9.1.4.2. Hinweise auf die beabsichtigte begriffliche Weite in Rechtsprechung und Schrifttum 74
9.1.4.3. Stellungnahmen in den Gesetzesmaterialien .. 76
9.1.5. Zusammenfassung 76

9.2. Die Annahme in Divergenzfällen 76
9.2.1. Die gesetzliche Regelung 76
9.2.2. Annahme von Divergenzfällen aufgrund ihrer grundsätzlichen Bedeutung 79
9.2.2.1. Begriff der Divergenz 79
9.2.2.2. Abscheidung der nicht in § 546 I 2 Nr. 2 aufgeführten Fälle 80
9.2.2.3. Die Ansicht des Gesetzgebers 80
9.2.3. Die Pflicht zur Annahme von Divergenzfällen iSd § 546 I 2 Nr. 2 aus Gründen der Rechtseinheit 82
9.2.4. Ergebnis 86

10. Die Ermessensannahme 87
10.1. Der Inhalt der Regelung 87
10.2. Die Ermessensannahme aus der Sicht der Parteien 89
10.3. Verfassungsrechtliche Bedenken 93
10.3.1. Rechtsstaatsprinzip 94
10.3.2. Art 3 I GG 94
10.3.3. Art 101 I 2 GG 96
10.4. Ergebnis 99

11. Die Berücksichtigung der Verfahrensrevision 100
11.1. Die Zwecke der Verfahrensrevision 101

11.1.1. Die Grundlagen der Untersuchung 101
11.1.1.1. Die Funktion der Verfahrensgesetze 101
11.1.1.2. Fehlermöglichkeiten und ihre Überprüfbarkeit 102
11.1.2. Grundsätzliche Bedeutung bei Verfahrensfehlern 104
11.1.3. Fehlen von grundsätzlicher Bedeutung als Regelfall 109
11.1.4. Bedeutung der Verfahrensrevision für die Allgemeinheit 112
11.1.5. Ergebnis 114
11.2. Die Verfahrensrevision nach der jetzigen Gesetzesfassung 114
11.3. Mögliche Erweiterungen der Zugangsgründe 117
11.3.1. Die Verfahrensrevision in anderen Prozeßordnungen 118
11.3.2. Angleichung der Zivilprozeßordnung 120
11.4. Ergebnis 122

12. Die Kompetenzverteilung für die Zugangsentscheidung 123
12.1. Beurteilungsgesichtspunkte für die Kompetenzverteilung 124
12.1.1. Erfüllung der Revisionszwecke 124
12.1.1.1. Allgemeine Kontrolle 124
12.1.1.2. Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung .. 125
12.1.1.3. Kontrolle von Verfahrensfehlern 127
12.1.1.4. Zwischenergebnis 127
12.1.2. Entlastung des Bundesgerichtshofes 127
12.1.2.1. Belastung durch die Entscheidung über die Statthaftigkeit 127
12.1.2.2. Erfordernis einer mündlichen Verhandlung .. 130
12.1.2.3. Begründung der Zugangsentscheidung 130
12.1.2.4. Zwischenergebnis 134
12.1.3. Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit 136
12.2. Abwägung der Gesichtspunkte 139
12.3. Die Lösung des Gesetzes 141
12.4. Folgerungen 143
12.5. Exkurs: Der Zugang zu den obersten Gerichten nach anglo-amerikanischem Recht 144
12.5.1. England 146
12.5.2. Vereinigte Staaten 146

DRITTER TEIL: DIE FÖRDERUNG DER RECHTSEINHEIT UND RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE REVISION WEGEN GRUNDSÄTZLICHER BEDEUTUNG DER RECHTSSACHE

13. Einführung 153

14. Die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit als Ziel der Revision 156

14.1. Eingrenzung des Begriffs 156

14.2. Die Auswahl der für die Rechtseinheit bedeutsamen Streitigkeiten 158

14.2.1. Problemstellung 158

14.2.2. Vorläufiges Ergebnis 160

14.2.3. Sonderfall Divergenzrevision 160

15. Die Rechtsfortbildung als Ziel der Revision 161

15.1. Begriffsbestimmung 161

15.2. Notwendigkeit der Rechtsfortbildung 162

15.3. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung 165

15.4. Entscheidungsanalysen 167

15.4.1. Beispiel 1 167

15.4.2. Beispiel 2 178

15.4.3. Beispiel 3 183

16. Die Auswahl der revisionswürdigen Streitigkeiten 196

16.1. Die grundsätzliche Bedeutung als Auswahlkriterium im konkreten Einzelfall 196

16.2. Zeitpunkt des Erkennens der grundsätzlichen Bedeutung 197

16.2.1. Unmittelbare Erkennbarkeit 198

16.2.2. Erkennbarkeit während des Revisionsverfahrens 199

16.2.3. Erkennbarkeit nach Abschluß des Verfahrens .. 199

16.3. Unzulänglichkeit des Auswahlkriteriums 200

17. Gefahren einer Grundsatzrechtsprechung 202

17.1. Verlagerung der Schwerpunkte in der dritten Instanz 202

17.2. Aufnahme der Entscheidungen durch die nachgeordneten Gerichte 205

17.3. Mögliche Folgen für die höchstrichterliche Rechtsprechung 208

17.3.1. Erhöhte Bindung an die eigene Rechtsprechung 208

17.3.2. Erhaltung von Justizirrtümern 210

17.3.3. Verkennen erneuter Klärungsbedürftigkeit 210

17.3.4. Gefährdung des Vertrauens in die Rechtspflege 211

17.3.5. Gewinn für die Rechtseinheit ? 212

17.3.6. Ausbleiben des erforderlichen Fallmaterials . 212

17.4. Zusammenfassende Würdigung 213

18. Ergebnis 216

19. Schlußbetrachtung 218

Schrifttumsverzeichnis 220

1. Einleitung

Der Zugang zum Revisionsgericht in Zivilsachen ist für das Zivilprozeßrecht ein Problem von anhaltender Aktualität. Die gesetzlich bestimmten Erfordernisse haben sich seit den vergangenen hundert Jahren in stetem Wandel verändert; ebenso ist seit Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung der Strom der Reformvorschläge und kritischen Stellungnahmen nicht abgerissen.

Ziel der Arbeit ist es aber nicht, die bekannten Zugangskriterien um anders geartete zu bereichern oder das Zusammenspiel der Beschränkungsmöglichkeiten durch eine neue Kombination herkömmlicher Gesichtspunkte zu verändern.[1)]

Gegenstand ist vielmehr die Untersuchung des - vielleicht auch nur vorläufigen - Ergebnisses einer langen Auseinandersetzung, soweit es seinen Niederschlag in der jüngsten Novelle zum Revisionsrecht gefunden hat, dem Gesetz zur Änderung des Rechtes der Revision in Zivilsachen vom 8.7.1975,[2)] in Kraft seit dem 15.9.1975.

Der vorangegangene Rechtszustand war durch eine Kombination von Zugangsregelungen bestimmt, die teils von dem Wert des Beschwerdegegenstandes, teils von einer besonderen richterlichen Entscheidung abhingen. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten und vermögensrechtliche bis zu - zuletzt - 25.000 DM[3)] bedurften

---

1) Schon Schwinge hielt es in der 1. Auflage seines grundlegenden Werkes zum Revisionsrecht für fragwürdig, ob überhaupt noch neue Kriterien denkbar seien (S.217). Von gleicher Überlegung war u.a. auch das Referat von Baur auf der Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer im Jahre 1958 getragen, siehe ZZP 71, 164.

2) BGBl. I 1863.

3) § 546 I a.F. (v. 24.11.1964 - BGBl. I 933) selbst schrieb nur einen Streitwert von 15.000 DM vor. Von 1969 bis 1975 galten jedoch die Vorschriften des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 15.8.1969 (BGBl. I 1141), später in der Fassung vom 7.8.1972 (BGBl. I 1383), durch das gem. Art. 1 Ziff. 1 die Streitwertgrenze bis zum 15.9.1975 auf 25.000 DM angehoben wurde.

der Zulassung durch das Oberlandesgericht. Die Zulassung stand im Ermessen des Gerichts, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hatte, zwingend geboten war sie, wenn das Berufungsurteil von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abgewichen war und gerade auf dieser Abweichung beruhte, d.h. bei bestimmten Divergenzfällen. Bei Werten von mehr als 25.000 DM galt das Prinzip des freien Revisionszugangs: das Rechtsmittel war in den Grenzen des § 545 ohne weiteres statthaft.[4)]

Die Erreichung einer bestimmten Wertgrenze war vom Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung vom 30.1.1877[5)] an bis zur Neuordnung der Rechtspflege[6)] nach Zusammenbruch des Deutschen Reiches allein maßgebliches Zugangskriterium; nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten waren uneingeschränkt revisibel.[7)] Und auch nach Einführung der Zulassungsrevision bestimmte die sog. Streitwertrevision in überwiegendem Maße die Auslese der Verfahren, der Anteil der durch die Oberlandesgerichte zugelassenen Revisionen erreichte selbst bei einer Wertgrenze von 25.000 DM nicht einmal 20%.[8)]

Die jüngste Reform brachte eine weitreichende Umgestaltung des fast hundertjährigen Rechtszustandes:
Die vermögensrechtlichen Streitigkeiten unterliegen seit dem 15.9.1975 ebenfalls ausnahmslos einer besonderen richterlichen Zugangsentscheidung. Bei prinzipieller Beibehaltung der bisher

---

4) Unabhängig von Zulassung und Streitwert war und ist die Statthaftigkeit nur nach Maßgabe des § 547.
5) RGBl. 83.
6) Durch Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.9.1950 (BGBl. I 455). Zu der Regelung des Verfahrensrechts in der Besatzungszeit siehe unten 3.3.1.
7) Abgesehen von den Ausnahmen auf dem Gebiete der Ehesachen, in dem die Revision schon früher von einer besonderen Zulassung abhängig war; vgl. dazu unten 3.3.2.
8) Bis 1964 (Wertgrenze 6.000 DM) bis zu 7%, bis 1969 (15.000 DM) bis zu 13%, bis 1975 (25.000 DM) bis zu 15%.

schon praktizierten Zulassungsrevision[9] wurde die kompetenzbestimmende Wertgrenze auf 40.000 DM erhöht, bei deren Überschreitung der dritte Rechtszug aber nur dann eröffnet wird, wenn das Revisionsgericht die Annahme der Revision nicht ablehnt. Der neu eingefügte § 554 b ordnet an, daß der Bundesgerichtshof die Annahme für den Fall ablehnen kann, daß die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.

Aufgrund dieser Kombination bestimmen nun allein die beteiligten Gerichte, welche Streitigkeiten vor den Bundesgerichtshof gelangen. Damit mag eine Entwicklung zum Abschluß gekommen sein, die für den Zivilprozeß in kleinstem Rahmen mit der Beschränkung der Statthaftigkeit auf dem Gebiete der Ehesachen ihren Anfang nahm,[10] sich nach dem Kriege durch die Einführung der Zulassungsrevision fortgesetzt hat und innerhalb derer sich - bei wiederholter Anhebung der Wertgrenzen - der Bereich für zulassungsunabhängige Verfahren in zunehmendem Maße verkleinerte.

Dennoch wäre es verfehlt, wenn man die vollkommene Abwendung von der Streitwertrevision nur als letzten, vermeintlich folgerichtigen Schritt verstehen wollte, dessen Realisierung durch den Gesetzgeber nach der bisher fortgeschrittenen Verengung des Revisionszugangs erwartet werden mußte. Der Übergang von der Mischform der Zugangsbeschränkungen, innerhalb derer die nun aufgegebene zulassungsfreie - nur summenabhängige - Revision bis zuletzt die beherrschende Stellung eingenommen hatte, zu dem Prinzip des richterlichen Ausleseverfahrens stellt vielmehr eine einschneidende Veränderung dar. Die Verfahrensauswahl wird seit der Einführung der Annahmerevision, dem zentralen Element der Neuregelung, durch den unbestimmten Rechtsbegriff der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache geprägt. Die Auseinandersetzung mit diesem Zugangskriterium und den mit seiner Anwendung verbundenen Problemen bestimmt maßgeblich den Gang der Arbeit.

---

9) Nach § 546 I 2 Ziff. 1 wurde auch die grundsätzliche Bedeutung obligatorischer Zulassungsgrund. - Die Divergenzrevision wurde um den Fall der Abweichung von einem Urteil des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes erweitert (Ziff. 2).

10) Siehe oben N. 7.

Die Hauptgesichtspunkte der Untersuchung, an denen die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu messen ist, sind durch die erklärten Ziele der Reform vorgegeben. Angestrebt wurde eine Regelung, die einerseits den Bundesgerichtshof wirksam entlastet und die andererseits eine Auslese von revisionswürdigen Streitigkeiten ermöglicht, durch deren Entscheidung das Revisionsgericht in hohem Maße seinen besonderen Aufgaben nachkommen kann. In den Gesetzesmaterialien weniger stark berücksichtigt, aber für eine Bewertung unverzichtlich ist die Einbeziehung der Stellung der beteiligten Parteien. Bei ihnen liegt die Initiative zur Einlegung des Rechtsmittels, sie sind der Motor des Verfahrens und haben schließlich die Kosten zu tragen.

Die Prüfung der Neuregelung, insbesondere der Annahmerevision, anhand der genannten Gesichtspunkte führt zu der Beantwortung der allem übergeordneten Frage, ob die jetzt geltenden Zugangsbeschränkungen dem hergebrachten System vorzuziehen sind oder nicht.

2. Gang der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile.
Der Erste Teil (Abschnitte 3. bis 6.) befaßt sich mit den Grundlagen der Reform. Zunächst wird die Frage der Steuerung des Geschäftsanfalls aufgegriffen. Die Überlastung des Revisionsgerichts ist als unvermittelt spürbare Erscheinung schon bisher ständiger Motor für neue Überlegungen gewesen. Es wird daher ein grundrißartiger historischer Überblick über die Bemühungen um Entlastung gegeben (3.)[1]. Im Anschluß daran soll versucht werden, einige Ursachen der Überlastung und die Möglichkeiten ihrer Begegnung näher zu kennzeichnen (4.).
Schwerpunkt des Ersten Teils ist die Auseinandersetzung mit den Zwecken der Revision (5.). Sie beansprucht im vorliegenden Schrifttum großen Raum, und auch die Reformüberlegungen schenkten

1) Der Überblick wird sich dabei im wesentlichen auf die Zeit nach Inkrafttreten der Reichs zivilprozeßordnung beschränken.

ihr erhebliche Aufmerksamkeit. Man unterscheidet im allgemeinen das durch die Parteien angestrebte Ziel, zu einer gerechten Entscheidung des konkreten Einzelfalles zu kommen, von den dem Revisionsgericht in besonderem Maße anvertrauten Aufgaben, gleichzeitig dem Recht in seiner Gesamtheit zu dienen. Angesprochen ist damit vor allem die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob man - wie vielfach vertreten - für die Revision ein Rangverhältnis der Zwecke zugunsten der Allgemeininteressen zugrunde legen kann. Die Untersuchung wird zunächst mit der Charakterisierung der Grundzüge der Revision einsetzen, um den äußeren Rahmen für die Zweckermittlung zu schaffen, und dann darlegen, daß die einzelnen Zwecke in einer Weise aufeinander bezogen sind, die eine Überordnung bestimmter Gesichtspunkte nicht zuläßt. Die einzelnen Revisionsaufgaben sind vielmehr Ausprägungen der Kontrollfunktion des Bundesgerichtshofes; allein die begrenzte Kapazität zwingt innerhalb der Verfahrensauswahl zu einer bestimmten Gewichtung, um in dem gesetzten Rahmen der Überprüfung allen Zwecken möglichst weitgehend gerecht zu werden.
Abschnitt 6. schließt den Grundlagenteil mit einer zusammenfassenden Würdigung der Reformanlässe ab.

Die beiden folgenden Komplexe befassen sich mit dem geltenden Rechtszustand, unterschieden durch die Ebene der Betrachtung.

Der Zweite Teil (Abschnitte 7. bis 12.) ist nach Umfang und Bedeutung der Hauptteil der Arbeit. Überschrieben mit "Zugang zur Revision im Wege der Annahme durch den Bundesgerichtshof" sind sein Gegenstand vor allem die einzelnen Annahmegründe, auch wenn die Beurteilung der Reform verschiedentlich die Einbeziehung der Zulassungsrevision gebietet, um die Wirkung der Annahmerevision als Teil einer umfassenden Zugangsregelung darzustellen.

Der Einführung (7.) folgt eine erste Stellungnahme zur Abschaffung der Streitwertrevision (8.), die sich zunächst auf die tragenden Gründe dieser Maßnahme beschränkt. Ob der Ausschaltung der freien Wertrevision zugestimmt werden kann, wird erst der abschließende Vergleich mit der jetzigen Gesetzesfassung ergeben.

Abschnitt 9. widmet sich dann dem Begriff der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache. Ausgehend von den bisherigen Versuchen der Konkretisierung dieses Revisionsgrundes (9.1.1.), denen kein durchgreifender Erfolg beschieden war, und nach Absteckung der erforderlichen Begriffsweite (9.1.2.) kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, daß eine von einem konkreten Einzelfall unabhängige Faßbarkeit des Begriffes nicht möglich erscheint. Daß die Nachteile der mangelnden Konkretisierbarkeit offensichtlich in Kauf genommen werden sollen, läßt sich damit erklären, daß die Revision nach der Intention des Gesetzes in besonderem Maße für die Vereinheitlichung und Fortbildung des Rechts genutzt werden soll und daß den Richtern zu diesem Zwecke ein möglichst großer Beurteilungsspielraum für die Verfahrensauswahl eingeräumt werden soll. Der zweite Unterabschnitt (9.2.) befaßt sich mit der Divergenzrevision, die für die Annahmerevision nicht ausdrücklich in § 554 b erwähnt wird, während § 546 I 2 Ziff. 2 die Entscheidungsabweichung als Zulassungsgrund nennt. Dazu wird der Versuch einer Begründung vorgelegt, daß trotz der unterschiedlichen Normierung der Revisionsgründe und entgegen der alternativen Formulierung des § 546 I 2 [2] zumindest die Divergenzfälle, die das Gesetz nennt, stets von grundsätzlicher Bedeutung sind und daher nicht nur zur Zulassung, sondern auch zur Annahme der Revision verpflichten.

In Abschnitt 10. wird zu dem Ermessen des Bundesgerichtshofes, die Annahme bei fehlender grundsätzlicher Bedeutung abzulehnen, Stellung genommen. Die sog. Ermessensannahme soll sich nach den Gesetzesmaterialien an der Schwere der gerügten Fehler und vor allem an der jeweiligen Arbeitsbelastung des zuständigen Senats orientieren. Eine Beibehaltung dieser offenen Regelung, die einen Ausgleich für das Generalprinzip der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung bilden soll, wird sich aus rechtspolitischen wie aus verfassungsrechtlichen Gründen als untragbar erweisen.[3]

---

2) Das Oberlandesgericht läßt die Revision zu, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat o d e r 2. das Urteil ... abweicht ...

3) Im Fortgang der Arbeit wird dieses Institut daher nur noch beschränkt in die weiteren Erwägungen einbezogen.

Eine gesonderte, über den Rahmen der Annahmerevision hinausgreifende Analyse erfährt die Frage, inwieweit die Revision nach der neuen Regelung eine Überprüfung von Verfahrensfehlern zuläßt (11.). Die besondere Bedeutung der Einhaltung der Verfahrensregeln erfordert eine eigene Kontrolle. Im Gegensatz zu den meisten anderen bundesdeutschen Prozeßordnungen erfährt aber die Verfahrensrevision in der Zivilprozeßordnung keine gesonderte Regelung, der Zugang hängt wie bei materiellrechtlichen Fehlern hauptsächlich vom Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung ab. Ziel der Untersuchung soll der Nachweis sein, daß dieses Zugangskriterium für die Verfahrensrevision nur beschränkt tauglich ist und daher ein zusätzlicher Revisionsgrund in das Gesetz aufgenommen werden muß.

Nach Abhandlung der Revisionsgründe soll - zunächst unabhängig von der letztlich getroffenen Regelung - der Frage nachgegangen werden, bei wem die Entscheidung über die Revisionswürdigkeit grundsätzlich liegen sollte, - immer unter der Voraussetzung, daß man zunächst von der Beibehaltung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung ausgeht (12.). Die Beurteilung anhand der erwähnten Hauptgesichtspunkte - Erfüllung der Revisionsaufgaben, Entlastung, Stellung der Parteien - muß zu dem Ergebnis führen, daß allenfalls eine Kompromißlösung denkbar ist, auf die zwar auch die Gesetzesfassung hinausläuft, die jedoch danach fragen läßt, ob die Annahmerevision trotz ihrer erwiesenen Nachteile wirklich der Streitwertrevision vorzuziehen ist. Als Exkurs eingefügt ist an dieser Stelle ein kurzer Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Recht, um darzutun,daß eine Übertragung ausländischer Erfahrungen mit ähnlich anmutenden Zugangsregelungen nicht weiterführt.

In dem Dritten Teil (Abschnitte 13. bis 18.) soll untersucht werden, ob die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Vereinheitlichung des Rechts und der Rechtsfortbildung förderlicher ist als die Streitwertrevision. Während im Zweiten Teil die Probleme der Revisionsgründe auf allgemeinerer Ebene nachgezeichnet worden sind, verengt sich die Betrachtung nun auf die Beurteilung der Revisionswürdigkeit im Einzelfall.

Der Einführung (13.) folgen zunächst zwei Abschnitte, die sich mit der Rechtseinheit (14.) und der Rechtsfortbildung (15.) beschäftigen. Für die Rechtsfortbildung wird im besonderen deren Notwendigkeit und Zulässigkeit begründet, ohne aber im einzelnen in eine Auseinandersetzung um die Grenzen des Richterrechts einzutreten. Abgeschlossen wird der Abschnitt durch die Analyse einiger Entscheidungsreihen, innerhalb derer Art, Möglichkeiten und auch Gefahren der richterlichen Rechtsfortbildung dargestellt werden sollen - insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob einmal gefaßte Grundsätze eine gesonderte Berücksichtigung des Einzelfalls ersetzen können.

Voraussetzung für eine sachgerechte Auswahl der Verfahren ist, daß die grundsätzliche Bedeutung von dem zuständigen Gericht tatsächlich schon vor dem eigentlichen Revisionsverfahren erkannt werden kann. Daß man davon nur für den kleineren Teil der Fälle ausgehen kann, ist als tragendes Argument gegen die jetzige Gesetzesfassung Gegenstand von Abschnitt 16.

Abschließend wird eine Prognose dazu gewagt, welche Wirkung die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung in ihrer Ausschließlichkeit für die gesamte Rechtsprechung haben kann (17.). Es wird eine Reihe von Einzelargumenten aufgenommen, deren gemeinsame Grundlage die Befürchtung ist, daß die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung als "Grundsatzrevision" verstanden wird, bei deren einseitiger Ausrichtung vorschnelle Grundsatzbildung und zunehmende Abkehr von der Vielfalt der Rechtsprobleme nicht ausgeschlossen erscheint.

Als Ergebnis des Dritten Teils wird festgehalten, daß mit der jetzigen Gesetzesfassung die Förderung der Rechtseinheit nur bedingt gelingen kann, während für die Rechtsfortbildung eher starke Beeinträchtigungen zu erwarten sind, und daß die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung als fast ausschließlicher Weg zum Bundesgerichtshof verfehlt ist.

ERSTER TEIL

GRUNDLAGEN DER REFORM

3. Die historische Entwicklung der Zugangsbeschränkungen

Mit dem Überblick[1] über die Maßnahmen, die bisher seit dem Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung zur Begrenzung des Revisionszugangs getroffen worden sind, soll insbesondere dargestellt werden, welche Bedeutung das Bemühen um Entlastung im Rahmen früherer Veränderungen des Revisionsrechts hatte und welches Gewicht dem innerhalb der jüngsten Novelle beizumessen ist, insbesondere im Vergleich zu dem zweiten Reformanlaß, der intensiveren Förderung der Revisionszwecke.

3.1. Die Schaffung der Reichszivilprozeßordnung

Um die Mitte des letzten Jahrhunderts verstärkte sich der Ruf nach einer einheitlichen Reichszivilprozeß - Gesetzgebung und damit auch nach einem letztinstanzlichen Rechtsmittel auf Reichsebene, da nach Auflösung des unter Maximilian I. 1495 errichteten Reichskammergerichts im Jahre 1806 der jeweilige Instanzenzug bei den höchsten Gerichten der einzelnen Länder[2] endete.

Auf den Deutschen Juristentagen 1860 und 1861 zum ersten Male in größerem Umfange diskutiert, führte die Entwicklung über den sog. Hannoverschen Entwurf, den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Streitigkeiten für den Norddeutschen Bund 1870, den darauf aufbauenden preußischen Justizministerialentwurf

---

1) Es wird im Rahmen dieser Arbeit auf einen vollständigen Abriß der geschichtlichen Entwicklung der Revision verzichtet. Vgl. dazu im einzelnen Schwinge, S. 6-26; Henke, S. 195-225; Hanack, S. 7-54; Gottwald, S. 58-80; Prütting, S. 22-46.

2) Zum Rechtsmittelwesen der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793, insbesondere der Nichtigkeitsbeschwerde der Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14.12.1833 (Gesetzessammlung 1833, S. 302 ff.), vgl. noch unten 5.1. und 5.2.2.4.

einer Deutschen Civilprozeßordnung von 1871[3] bis zu der von der sog. Justizkommission verfaßten, vom Reichstag nach langen Beratungen angenommenen Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30.1.1877.[4]

Alle Reformbestrebungen berücksichtigten die aus vergangenen Erfahrungen gewonnene Erkenntnis, daß jede Regelung der Rechtsmittel eine Überbeanspruchung der jeweils befaßten Gerichte vermeiden mußte.[5] Der Entwurf von 1871 gewährte eine zweite Tatsacheninstanz nur gegen Sprüche des Amtsgerichts, während Landgerichtsurteile der Revision beim Oberlandesgericht und bei Difformität der vorinstanzlichen Entscheidungen der Oberrevision beim Reichsgericht unterliegen sollten.[6]

In der endgültigen Fassung gab es wieder eine Berufung gegen alle Urteile des ersten Rechtszuges; für das Revisionsverfahren mußte das Difformitätsprinzip nach hartem Kampf der Einsetzung einer Erwachsenheitssumme von 1.500 M weichen.[7] Erstinstanzlich beim Amtsgericht anhängigen Verfahren blieb dagegen bis heute regelmäßig der Zugang zur Revision versperrt.[8]

---

3) Im einzelnen Schwinge, S. 18 ff.; Gottwald, S. 60 ff.
4) RGBl. 83; in Kraft getreten am 1.10.1879.
5) Das römische, kanonische und auch das ältere Reichsrecht machten ein Rechtsmittel weder von der Natur des Anspruchs noch von dem Wert des Beschwerdegegenstandes abhängig; vgl. v.Linde, § 403; Wetzell, S. 710. Aber schon das Reichskammergericht mußte den Strom der zu ihm gelangenden Verfahren erheblich reduzieren. Alleiniges Mittel war die ständige Ausdehnung und Erhöhung einer durch die Kammergerichtsordnung 1521 erstmals eingeführten Wertgrenze; dazu Wetzell, aaO. - Beredtes Zeugnis von den herrschenden Zuständen gibt Goethe - 1772 Praktikant am RKG, damals in Wetzlar - in seiner Autobiographie: "Ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da die siebzehn Assessoren nicht einmal imstande waren, das laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich aufgehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden und das Doppelte kam hinzu" (Dichtung und Wahrheit, 3. Teil, 12.Buch).
6) Schwinge, S. 20.
7) Henke, S. 209.
8) Wichtigste Ausnahme nunmehr: Kindschafts- und Familiensachen, §§ 23 a Nr. 1, 23 b I, 72, 119 I Nr. 1, 133 Nr. 1 GVG.

3.2. 1879 bis 1945

3.2.1. Die Reformbestrebungen bis zum Ersten Weltkrieg

Die Gesetz gewordene Regelung des Revisionszugangs befreite die Legislativorgane nicht davon, der schon bald einsetzenden und dann ständig wachsenden Überlastung des Revisionsgerichts zu begegnen.[9)]

Schon anläßlich der Angleichung des Verfahrensrechts an das zur Jahrhundertwende in Kraft getretene einheitliche Privatrecht durch die Prozeßrechtsnovelle von 1898 schlug die Regierung dem Reichstag eine Erhöhung der Revisionssumme auf 3.000 M vor.[10)] Der Entwurf fand aber wegen seiner angeblichen Sozialwidrigkeit[11)] in der Anwaltschaft und dem Mittelstand entschiedene Gegner und fiel bei der Abstimmung im Plenum des Reichstages durch.[12)]

Das Problem, den Arbeitsanfall beim Reichsgericht auf ein tragbares Maß zu begrenzen, wurde nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit seinem umfassenden Geltungsbereich immer brennender.[13)] Dem konnte sich auch der Reichstag nicht verschließen und erhöhte in den Revisionsnovellen von 1905 und 1910[14)] die Erwachsenheitssumme zunächst auf 2.500 M und dann auf 4.000 M.[15)] Begleitend wurde eine Reihe kleinerer Entlastungsmaßnahmen eingeführt; als die wichtigsten seien genannt die obligatorische Revisionsbegründung und die Möglichkeit, die Revision bei Unzulässigkeit durch Beschluß zu verwerfen (1905) sowie der schon 1905

---

9) Henrici, IherJb 24, 16 ff. Der überdurchschnittlich hohe Geschäftsanfall der Jahre 1879 (ab 1.10.) bis 1882 ging allerdings zu großen Teilen auf das Konto älterer Verfahren, die von dem 1879 aufgelösten Reichsoberhandelsgericht (errichtet am 16.4.1871) gem. § 15 EGGVG vom 22.1.1877 übernommen worden waren: 1879 wurde in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Patentsachen über 886 Revisionen entschieden, davon waren 878 Rechtsmittel älteren Datums, 1880: 4539 (4070), 1881: 3701 (2371), 1882: 2469 (666). Für die weitere Geschäftsentwicklung vgl. den Überblick in DJZ 1929, 1312.

10) Dazu insbesondere Staatssekretär Nieberding in: Hahn, Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der CPO, 1898, S. 240-242. Vgl. auch Stein, ZZP, 24, 209 (242).

11) Zur Stichhaltigkeit dieses immer wieder aufgegriffenen Vorwurfes vgl. unten 8.1.

12) Hahn, Materialien (N. 10), S. 509 und 672.

13) Dazu schon Wach, DJZ 1898, 5.

14) Zu der Novelle von 1910 Richard Schmidt, Nachtrag, S. 71 ff.

15) RGBl. 1905 S. 536, 1910 S. 767.

weitgehend vorgetriebene Ausschluß aller Beschwerdesachen, die Befreiung von Entscheidungen über Arreste und einstweilige Verfügungen und als Abschreckungsmittel die Erhöhung der Gerichtskosten (1910)[16]. Es handelte sich um Vorschriften, die durchweg bis heute - zum Teil in anderer Fassung ihre Gültigkeit behalten haben.[17]
Nicht durchzusetzen vermochte sich im Laufe beider Beratungen das dann 1910 zum letzten Male vorgeschlagene Difformitätsprinzip,[18] das schon beim Entwurf der CPO auf Ablehnung stieß, nachdem es zeitweilig in der preußischen AGO angewandt worden war.[19]

Eine weitere Erhöhung der Richterzahl und die Vermehrung der Senate wurde als eine der Arbeit des Reichsgerichts nicht dienliche Maßnahme verworfen, nachdem nach Auflösung der zunächst eingerichteten Hilfssenate bis 1900 zwei weitere Zivilsenate ihre Arbeit aufgenommen hatten.[20]

3.2.2. Die Zwischenkriegszeit

Die Streitwertrevision blieb für längere Zeit das vorwiegende Mittel gegen die nie bezwungene Überschwemmung des Reichsgerichts, wenn man von dem kriegsbedingten Rückgang der Verfahren einmal absieht.
Die Geldentwertung in den wirtschaftlichen Wirren der Nachkriegszeit zwang zu einer schnellen Folge der Wertgrenzenanhebung, und auch nach der Normalisierung der Zustände blieb es trotz

---

16) Dazu Henke, S. 214 ff.
17) Vgl. §§ 545 II, 554 I, 554 a, 567 III; siehe auch §§ 549 II, 556, 708 Nr. 7, die damals eingeführt wurden.
18) Prütting, S. 25, auch Henke, S. 217.
19) Vgl. zur Diskussion um die Entlastung insbesondere die Beiträge zum 28.Deutschen Juristentag (DJT) 1908: die Gutachten von O. Hamm und Syring, Bd. 3, S. 39 bzw. 129, und die Berichterstattung durch Peters und Richard Schmidt, Bd. 5, S. 700 ff.
20) Der 6. Zivilsenat am 1.5.1886, der 7. Zivilsenat am 1.5.1899. Nach einer vorübergehenden Verminderung auf sechs Senate (1.12.1923 bis 15.6.1927) wurde am 1.4.1928 ein achter Senat, im Jahre 1930 ein neunter Senat errichtet. Vgl. auch die Übersicht in DJZ 1929, 1312.

neuer Erwägungen bei der mittlerweile gewohnten Praxis.[21] Lediglich als zusätzliche Maßnahmen wurden mehrfach für kurze Zeit die Revisionsrügen aus den §§ 139, 286, 287 ausgeschlossen,[22] wofür die Regierung schon in ihrem Entwurf von 1910 plädiert hatte.[23]

Einen neuen, wenn auch nur in einem kleinen Teilbereich maßgeblichen Weg beschritt die Entlastungsverordnung von 1924 [24] auf dem Gebiet der Ehesachen[25]: Aufgrund der Kriegszeit und der nachfolgenden sozialen Erschütterungen hatte sich der Anteil der Scheidungsprozesse an den Revisionen seit 1913 fast verdoppelt.[26] Diese Verfahren entwickelten sich - als nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten bislang uneingeschränkt revisibel - zu einem unerträglichen Ballast. Die Revision wurde nun erstmalig von der Zulassung des Berufungsgerichts abhängig gemacht, und zwar bei Abweichung des Urteils von einer Entscheidung des Reichsgerichts oder eines anderen Oberlandesgerichts oder bei grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage, die eine Klärung durch das Reichsgericht erforderte (Art. I § 2 der VO). Während der auf zwei Jahre befristeten Regelungsdauer trat eine fühlbare Entlastung ein, da die Oberlandesgerichte von ihrer Zulassungsbefugnis kaum Gebrauch machten.[27] In der Bevölkerung stieß die Verordnung jedoch auf starke Ablehnung, so daß die unbefristete Weitergeltung ab 1928[28] nicht verwirklicht werden konnte.[29] Erst mit der NotVO vom 30.6.1932 trat eine

21) Änderungen zwischen 1922 und 1941: Entlastungsgesetz vom 8.7.1922 (RGBl. I 569): 20.000 M; Entlastungsgesetz vom 27.3.1923 (RGBl. I 217): 500.000 M, mit Ermächtigung der Reichsregierung, die Wertgrenze auf dem Verordnungswege zu ändern (23.7.1923: 5 Mio; 15.9.1923: 1 Milliarde; 30.10.1923: 1.500 "Indexmark"; 13.12.1923: 1.800 Goldmark; 21.12.1925: 4.000 RM; 8.2.1929: 6.000 RM; 1.9.1939: 10.000 RM; 16.7.1941: 6.000 RM).
22) Durch VO vom 15.1.1924 (RGBl. I 29), durch Gesetz vom 21.12.1925 (RGBl. I 475) mit Verlängerungen bis 1929 (RGBl. 1926 I 503; 1928 I 120), sowie durch NotVO vom 15.6.1932 (RGBl. I 287) bis 1933.
23) Gottwald, S. 66; Henke, S. 218.
24) RGBl. I 29.
25) Ohne Ehenichtigkeits- und Ehefeststellungsklagen.
26) Verhandlungen des Dt. Reichstages, Sten.Berichte, 1.Wahlp. 1920, Bd. 361, S. 12498 (Reichsjustizminister Emminger), dazu auch das Protokoll einer Reichstagssitzung v.27.2.1924 in JW 1924, 930.
27) Prütting, S. 30.
28) Vorlage der Reichsregierung v. 29.11.1928.
29) Hanack, S. 45.

ähnliche[30], bis Kriegsende wirksame Revisionsbeschränkung in Kraft. Von dem Reichsjustizminister 1924 zwar als Versuch mit nicht absehbaren Wirkungen bezeichnet,[31] fand die Zulassung als dogmatisches Problem in Rechtsprechung und Literatur zunächst jedoch kaum Beachtung.[32]

Das Prinzip der Zulassungsrevision verschaffte sich aber bald Eingang in andere Verfahrensordnungen[33] und förderte so eine Entwicklung, deren vorläufiger Abschluß mit der Novelle vom 8.7.1975 vollzogen worden ist.

Die letzten Kriegsmonate vor dem Zusammenbruch brachten mit der Zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung vom 27.9.1944[34] eine fast vollständige Beseitigung des gewohnten Rechtsmittelsystems, da Berufung und Beschwerde gänzlich abgeschafft wurden (§ 1 I), die Revision aber dafür gegen Landgerichts- und Amtsgerichtsurteile statthaft war,[35] sofern der Wert des Beschwerdegegenstandes 1.000 RM überstieg oder eine Zulassung erfolgt war.[36]

3.3. Die Zugangsregelungen nach dem Zweiten Weltkrieg bis 1975

3.3.1. Einflüsse der Besatzungszeit

Nach 1945 verlief die Gestaltung der Rechtsmittelinstanzen durch die Besatzungsmächte in verschiedenen Bahnen, ohne jedoch mit dem bisherigen Gerichtsverfassungssystem zu brechen.[37]

---

30) Die Abweichung von einem anderen Oberlandesgericht war nicht mehr obligatorischer Zulassungsgrund.
31) Hanack, S. 45.
32) Prütting, S. 31.
33) In § 69 des ArbGG v.23.12.1926 (RGBl. I 507), § 286 der RAO v.22.5.1931 (RGBl. I 161) und in § 93 II des Preuß. Landesverwaltungsgesetzes v.3.9.1932 (Gesetzessammlung S. 283).
34) RGBl. I 229.
35) Allerdings ging sie an die Oberlandesgerichte.
36) Interessant vor allem § 2 I, 2: die Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung unter Berücksichtigung der Kriegsverhältnisse.
37) Dazu Prütting, S. 37 f.; auch Vogel NJW 1975, 1298.

Richtungweisend für die Nachkriegszeit wurde der Art. V der am 1.9.1947 in Kraft getretenen VO Nr. 98 der britischen Militärregierung mit der dazu gehörigen DVO vom 17.11.1947. Mit ihr wurde in Köln der Oberste Gerichtshof für die britische Besatzungszone (OGH brit.Zone) errichtet, so daß dort wieder drei Instanzen zur Verfügung standen.[38] Die Revision war gemäß § 29 DVO statthaft bei einem Beschwerdegegenstand im Werte von mehr als 6.000 RM oder bei Zulassung im Urteil des Oberlandesgerichts. Diese war obligatorisch bei Abweichung von einem OGH-Urteil und fakultativ bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.

Damit fand die vor allem aus der Arbeitsgerichtsbarkeit[39] bekannte Kombination der abstrakten Wertgrenzen mit den der richterlichen Entscheidung unterliegenden Zugangskriterien Eingang in das gesamte Zivilprozeßrecht. Auch wenn die amtliche Begründung[40] als Grund für das neue System allein die Wahrung und Förderung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts in der Britischen Zone erwähnt, so ist doch der Regelung das Bemühen um die Steuerung der Eingänge und die Vermeidung von erneuter Überlastung immanent.[41]

Als kurzfristige Sonderheit im deutschen Recht gab es die reine Zulassungsrevision[42] zu dem Deutschen Obergericht für das vereinigte Wirtschaftsgebiet (DOG).[43]

---

38) In der amerikanischen Zone gab es weiterhin die Revision zum OLG, während in der französischen Zone die Berufungsurteile des LG wie des OLG unanfechtbar waren.
39) Vgl. oben 3.2.2. N. 33.
40) Zentraljustizblatt brit.Zone 1947, 114, 117.
41) Zu der tatsächlichen Überlastung des OGH Pritsch, NJW 1949, 403.
42) Zulassungsgrund war die grundsätzliche Bedeutung für die wirtschaftliche Einheit der sog. Bizone.
43) Aufgelöst am 31.3.1951; im einzelnen Prütting, S. 43.

3.3.2. Die weitere Entwicklung bis 1975

Mit dem Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950[44] wurde die grundlegende Struktur der Zugangsmöglichkeiten zur Revisionsinstanz für die nächsten 25 Jahre vorgezeichnet. In Übernahme der Fassung des § 29 DVO vom 17.11.1947 als § 546 der ZPO entschied sich der deutsche Gesetzgeber endgültig für die Koppelung von Wert- und Zulassungsrevision. Bis zur Aufgabe dieses Systems im Jahre 1975 erfuhr das Revisionsrecht nur partielle Modifikationen. Wiederum stand der Ruf nach Entlastung des letztinstanzlichen Gerichts im Vordergrund, denn auch mit der neu konzipierten Verfahrensordnung war des Ansturms auf den Bundesgerichtshof nicht Herr zu werden.[45] So wurde 1964[46] die - von Anfang an zu niedrige - Wertgrenze von 6.000 DM auf 15.000 DM und 1969[47] schließlich auf 25.000 DM angehoben. Daneben fanden weitere "kleinere Maßnahmen" Eingang in die ZPO,[48] u.a. 1969 die Möglichkeit, unbegründete Revisionen durch einstimmigen Beschluß abzulehnen.[49] Außerdem wurde der am 1.1o.1950 eröffnete Gerichtshof zwischen 1957 und 1968 von anfänglich fünf auf zehn Zivilsenate erweitert.[50]

Da das Entlastungsgesetz zum 15.9.1975 auslief und man sich zu einer weiteren Verlängerung nicht entschließen konnte [51], obwohl sich bedeutende Stimmen, vor allem aus der Anwaltschaft, dafür aussprachen,[52] trat zum gleichen Zeitpunkt das Gesetz

44) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafrechts und des Kostenrechts v.12.9.1950 (BGBl. I 455).
45) Pritsch NJW 1949, 403; Kommissionsbericht 1961, S. 151; Arndt, DRiZ 1962, 202; Esser JZ 1962, 513; Johannsen, DRiZ 1962, 302; Möhring, JZ 1974, 370; Grunsky, ZZP 84, 147; Nirk, BB 1975, 1173.
46) Gesetz zur Änderung der Wertgrenzen und Kostenvorschriften in der Zivilgerichtsbarkeit v.27.11.1964 (BGBl. I 933).
47) Gesetz zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 15.9.1969 (BGBl. I 1141), verlängert durch Gesetz v. 7.8.1972 (BGBl. I 1383) bis zum 15.9.1975.
48) Zur Revisionsnovelle 1964 Henke, S. 221.
49) Art. I,2 des EntlastungsG 1969; diese Möglichkeit war schon im Entwurf der Novelle 1910 vorgeschlagen, aber im Reichstag einstimmig abgelehnt worden, später jedoch im Gesetz v.8.2.1929 (RGBl. I 19) vorgesehen (bis zum 31.12.1932).
50) Vgl. dazu den Überblick in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 391, mit den Daten der Errichtung der einzelnen Senate einschließlich der zusätzlichen Spezialsenate.
51) Erster Bericht des Rechtsausschusses v.5.5.1975,BT-Dr. 7/3596, S. 3.

zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8.7.1975[53] in Kraft. Es war inhaltlich ursprünglich ein Teil des Entwurfes eines "Gesetz(es) zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und in den Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und der Finanzgerichtsbarkeit", der von der Bundesregierung schon in der 6. Wahlperiode vorgelegt,[54] aber nicht mehr beraten worden war, dann aber erneut im Jahre 1973 in den Bundestag eingebracht wurde.[55] Da das Gesetz in seiner Gesamtheit im Sommer 1975 noch nicht verabschiedungsreif war, wurde die Reform der Revision in Zivilsachen vorgezogen. Sie führte zu dem schon dargestellten[56] einschneidenden Wandel in der Art der Zugangsbeschränkungen. Leitgedanke der Novellierung war neben der 1975 noch nicht zu verwirklichenden Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen wiederum das Bemühen um eine nachhaltige Entlastung des Bundesgerichtshofes.[57]

3.4. Ergebnis: Überlastung als fortwährender Reformanlaß

Betrachtet man die aufgezeigte Entwicklung unter dem Aspekt der eingeführten und sich stetig verändernden Zugangsbeschränkungen, dann wird offenkundig, daß die Überlastung fortwährend ein dringendes Problem darstellte und daß dessen, wenn auch nur zeitweilige, Abhilfe nicht willkommenes Nebenergebnis, sondern vorrangiger Grund der Reformen war.[58]

---

52) Möhring, JZ 1972, 268; 1974, 369; Schreiber, Sten.Prot.d. Rechtsausschusses, 56. Sitzung v.12.3.1975, S. 27; Nirk, ebenda, S. 50 ff; Borck, WRP 1975, 711 f.
53) BGBl. I 1863.
54) Am 13.3.1972 - BT-Dr 6/3252.
55) BT-Dr 7/444 vom 4.4.1973. Der Regierungsentwurf sah im Gegensatz zu der späteren Regelung eine einheitliche Zulassungsrevision durch die Oberlandesgerichte vor, kombiniert mit einer Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof.
56) Siehe oben 1.
57) Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 8,10,47,58; Sten.Berichte d. Bundestages, Bd. 93, 171; Verhandlungen S. 12.000; BT-Dr 7/3596, S. 3; Vogel, NJW 1975, S. 1297; Nirk, BB 1975, S. 1172; Borck, WRP 1975, S. 708; Prütting, S. 70.
58) Pritsch, NJW 1949, 403. Eine Darstellung der Reformen wird den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht, wenn dieser Anlaß verschwiegen oder als belanglos hingestellt wird; so aber Duske, S. 87, schon zur Einführung der preuß. Nichtigkeitsbeschwerde, Prütting, S. 38, zu § 29 DVO v.14.11.1947. Reuß, DÖV 1959, 12, bezeichnet die Überlastung sogar als illegitimen Grund und als Scheinanlaß.

Die Tatsache, daß das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof zu fast allen Zeiten mit einem hohen Geschäftsanfall zu kämpfen hatten, kann als unbestritten gelten. Kaum zu präzisieren ist dagegen die Grenze der zumutbaren Belastbarkeit. Es gibt keine Maßeinheit, an der der Grad der möglichen Überlastung eindeutig bestimmt werden könnte. Die Heranziehung der sich anbietenden Indizien - die Zahl der Neueingänge, der jährliche Restbestand oder die Dauer der Verfahren - gestattet nur eine grobe, in gewissen Grenzen willkürliche Festlegung. Die Frage soll nicht weiter verfolgt werden; für diese Arbeit ist aber immerhin anzumerken, daß zwar die üblichen, nur grob differenzierenden statistischen Angaben zu Überzeichnungen führen können, die sich mittels einer eingehenden Auswertung noch relativieren lassen,[59] daß aber für das weitere davon ausgegangen werden kann, daß die starke Beanspruchung des Revisionsgerichts auch 1975 Gegenmaßnahmen - gleich welcher Art - erforderte. Es ist dem Bundesjustizminister darin beizupflichten, daß ein aufgrund der Überlastung erst nach fünf Jahren nach Aufnahme des Rechtsstreits gewährtes Recht richtiges Recht sein mag, aber niemals gutes Recht, da es viel zu spät kommt.[60] Ein dermaßen weit hinausgeschobener Eintritt der Rechtskraft ist für die Parteien nur schwer zumutbar.[61] Wenn in jüngerer Zeit weit über die Hälfte aller Revisionsverfahren mehr als eineinhalb Jahre dauerte, ein gutes Drittel sogar über zwei Jahre, dann stellt das eine Rechtsverweigerung auf

---

59) Beispiele dazu bei Schreiber.Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56.Sitzung, S. 24 f: Er weist darauf hin, daß z.B. bei den Neueingängen regelmäßig die sog. Vorsorgerevisionen nicht gesondert berücksichtigt werden, die nur zur Fristwahrung eingelegt, aber später wieder zurückgenommen werden und damit die Richter nicht belasten; weiter dürften die am Jahresende unerledigten Sachen nicht ohne weiteres mit den Rückständen gleichgesetzt werden, weil ein Teil der Verfahren - auch bei angemessener Durchlaufzeit - über die Jahreswende hinaus anhängig bleibt. Zu der Gesamtheit der Rückstände ist zu bemerken, daß ein ganz erheblicher Teil den IX. Senat betraf, der mit den Verfahren nach dem Bundesentschädigungsgesetz (BEG), befaßt ist, d.h. dessen Geschäftsanfall sich mit der Zeit von selbst verringern wird.

60) Sten.Berichte d. Bundestages, Bd. 93, 171. Verhandlg.,S. 12.006.

61) Pohle, Gutachten, S. 41.

Zeit dar, die rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwiderläuft.[62] Der Gesetzgeber hat es daher auch als stete Aufgabe angesehen, diesen Zuständen zu begegnen.

---

62) Robert Fischer, BB 1954, 1005; Kirchberger, NJW 1955, 1500; Heusinger, ZZP 76, 324; ebenso BT-Dr 7/3596, S. 3.

4. Ursachen der Überlastung und Mittel der Begegnung

Bevor im weiteren das Entlastungsmittel untersucht wird, auf das in der Novelle der Schwerpunkt gelegt wurde - die Begrenzung des Revisionszugangs -, soll aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten generell für die Verringerung der Belastung zu Gebote stehen.

4. 1. Ursachen der Überlastung

Um näher bestimmen zu können, wie der Überlastung zu begegnen ist, muß etwas über die Ursachen bekannt sein.[1] Hierzu sollen einige, nicht weiter zu vertiefende Feststellungen genügen.

Hinsichtlich der Streitwertrevision können Lohn- und Preisanstieg und die zunehmende Geldentwertung als Grund dafür angesehen werden, daß den Wertgrenzen relativ schnell einiges an Wirkung genommen wurde.[2] Hinzu kam, daß mit wachsendem Wohlstand mehr Verfahren um höhere Werte angestrengt wurden, die dem Revisionsgericht vorgelegt werden konnten; damit verbunden wohl auch das bereitwilligere Inkaufnehmen des Risikos, die Revisionskosten zu tragen, wobei nicht zu übersehen ist, daß diese Tendenz mit der zunehmenden Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen noch gefördert wird.[3]

Ein zweiter Gesichtspunkt ist das unaufhörliche Anschwellen der Gesetze, die stete Verkomplizierung des Rechts und auch die notwendige Anpassung der älter werdenden Gesetze an die sich verändernde Rechtswirklichkeit,[4] die vermehrt das Eingreifen des Bundesgerichtshofes erfordern.[5] Hinsichtlich dieser Erscheinungen helfen aber am ehesten Veränderungen des materiellen Rechts, das

---

1) Nicht verallgemeinerungsfähig, weil auf bestimmte Zeitpunkte bezogen, sind die Hinweise auf die Überlastung des Reichsgerichts in seinen ersten Tätigkeitsjahren, vgl. dazu 3.2.1. N. 9, und nach der Einführung eines einheitlichen Privatrechts zur Jahrhundertwende, dazu Hahn, Materialien, Bd. 8, S. 114, 115, 239-243; Henke, S. 214.
2) Heusinger, ZZP 76, 324; Prütting, S. 68.
3) Dazu Mezger, ZRP 1977, 252.
4) Zur Rechtsfortbildung im einzelnen unten 15.
5) Darauf wies insbesondere Robert Fischer, Sten.Prot.d. Rechtsaussschusses, 56. Sitzung, S. 8,9,85 hin.

aufgrund seiner zunehmenden Verfeinerungen das Ergebnis eines Verfahrens nicht mehr vorhersehen läßt und deswegen zum Prozessieren verleitet.

Nicht zu unterschätzen ist schließlich ein Phänomen, daß man als Instanzenmentalität bezeichnen könnte. Gemeint ist damit die weit verbreitete Grundeinstellung, daß die Entscheidungs- und Verfahrensqualität in den höheren Instanzen aus sich heraus besser sei. Bestärkt durch die hohe Reputation, die die höchsten deutschen Zivilgerichte seit jeher in der Bevölkerung genossen haben, liegt die Triebfeder für die Fortführung eines Rechtsstreits in der Hoffnung, vielleicht doch noch zu seinem Recht zu kommen.[6] Eine gewisse Unterstützung wird diese Erscheinung - insbesondere in der dritten Instanz - durch die zunehmende Verschärfung der Zugangsbedingungen erhalten haben: Die unterlegene Partei wird sich oft nur schwer dazu entschließen können, die Möglichkeit der Revisionseinlegung ungenutzt zu lassen, wenn ihr dazu durch Zulassung oder wegen Erreichens der Erwachsenheitssumme Gelegenheit gegeben wird.[7] Gerade die richterliche Entscheidung über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels muß aus der Sicht der Parteien als gewisse Ermunterung zur Wahrnehmung dieses "Vorzugs" verstanden werden,[8] obwohl die Frage der Erfolgsaussicht keinen Einfluß auf die Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung hat.[9] Nur so läßt sich erklären, daß z.B. in den Jahren 1970 bis 1974[10] zwischen 21 und 24 % der Revisionen gemäß Art. I Nr. 2 des Entlastungsgesetzes 1969 schon durch einstimmigen Beschluß, das Rechtsmittel wegen offenkundiger Unbegründetheit zu verwerfen, erledigt werden konnten.[11]

---

6) Ganz anders dagegen die Rechtsmittelfeindlichkeit im englischen Zivilprozeß, für den die Betonung der ersten Instanz bezeichnend ist; vgl. unten 12.5.1.
7) Ähnlich Weyreuther, Rn. 33; H. Schneider, NJW 1975, 1538.
8) Dieser Effekt wird bei der Annahmerevision vermieden, weil die Annahme erst nach Einlegung der Revision ausgesprochen wird.
9) Dazu im einzelnen unten 9.2.1.
10) D.h. zur Zeit der Geltung des Entlastungsgesetzes von 1969; vgl. oben 3.3.2. N. 47.
11) Quelle: AnwBl 1976, 82; die anderen durch Urteil verworfenen Revisionen sind nicht im einzelnen aufgeschlüsselt.

4.2. Entlastungsmöglichkeiten

4.2.1. Langfristige Veränderungen

Für eine grundlegende Veränderung wäre vor allem ein intensives Bemühen um Vereinfachungen des materiellen Rechts zu fordern[12] - bei den sich noch verkomplizierenden Formen des menschlichen Zusammenlebens in seiner Gesamtheit wohl Utopie, in Teilbereichen aber durchaus zu verwirklichen. Die Gerichte hätten sich dann mit einer geringeren Zahl rechtlicher Streitfragen zu befassen, sofern sich erhoffen ließe, daß sich die Notwendigkeit richterlichen Eingreifens zur Beilegung eines Rechtsstreits verringerte.[13]

Doch auch innerhalb des Verfahrensrechts sind weitergehende Maßnahmen denkbar als nur Veränderungen innerhalb der Revisionsinstanz selbst. Bevor man Überlegungen anstellt, auf welche Weise die Rechtsmittelflut bewältigt werden kann, sollte man sich der Verbesserung der Vorinstanzen zuwenden. Erwähnt seien hier nur eine bessere Ausbildung der Richter, ihre spätere Fortbildung, Erfassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch EDV, aber auch ein intensiveres Betreiben des Prozesses durch die Anwälte und Parteien in der ersten Instanz, damit nicht das Schwergewicht in die Berufungsinstanz verlagert wird.[14] Es läßt sich auch an einen Verzicht auf eine zweite Tatsacheninstanz, etwa nach Vorbild der oesterreichischen Berufung, denken, mit der Folge, daß die Oberlandesgerichte zum Teil die Funktionen des Bundesgerichtshofes mitübernähmen.[15]

Sowohl die Eingriffe ins materielle Recht als auch die Verbesserung der Vorinstanzen erfordern einen längeren Entwicklungsprozeß, dessen Einleitung zu empfehlen ist, aber der für eine kurzfristig zu verwirklichende Reduzierung der Eingänge nicht ausreicht. Daher war es auch für die jüngsten Entlastungsmaßnahmen unumgänglich, bei dem Revisionsverfahren selbst anzusetzen.

---

12) Vgl. dazu das soeben unter 4.1. Gesagte.
13) Vgl. aber Henke, ZZP 83, 125 (148 ff.) zur "Prozeßwut" der Deutschen.
14) Dem ist zum Teil mit dem Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 3.12.1976 (BGBl. I 3281) begegnet worden. Kritisch zu der Art der Regelung Bruns, Rn. 269.
15) So Baur, ZZP 71, 176; vgl. auch Vollkommer, JZ 1964, 163.

4.2.2. Maßnahmen auf dem Gebiete des Revisionsrechts

Die Entlastung des Bundesgerichtshofes durch die direkten Eingriffe in das Revisionsrecht kann auf zwei Wegen erfolgen:

Erste Möglichkeit ist der Abbau des Arbeitsaufwandes durch Vereinfachungen und Erleichterungen des Verfahrens selbst. Dazu zählen unter anderem die Einführung des Revisionsbegründungszwangs mit der Novelle von 1905,[16] die - mittlerweile wieder aufgehobene - Befugnis des Gerichts nach Art. I Nr. 2 des Entlastungsgesetzes von 1969, offensichtlich unbegründete Revisionen durch Beschluß zu verwerfen,[17] der mögliche Verzicht auf eine mündliche Verhandlung im Rahmen der Annahmeentscheidung (§ 554 b III)[18] oder auch die Befreiung von einer Begründung der Annahmeentscheidung.[19] So gearteten Maßnahmen kann aber nur eine Unterstützungsfunktion zukommen, da der Geschäftsanfall selbst unbeeinflußt bleibt.

Gängiges, aber auch schärfstes Mittel ist daher die Beschränkung des Revisionszugangs nach gesetzlich bestimmten Kriterien. Sie ist in mannigfaltigen Versionen denkbar: durch Festsetzung einer Erwachsenheitssumme, durch fakultative oder obligatorische Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung, wegen bestimmter Urteilsabweichungen, bei Difformität der vorgängigen Entscheidungen, bei Verfahrensfehlern oder durch Ausschluß der Revisibilität für bestimmte Urteile oder Sachfragen.[20] Dieser Weg scheint angesichts der dargestellten Ursachen der Überlastung der einzig gangbare zu sein, ob gerade die nun gültige Regelung beibehalten werden soll, braucht indes hier noch nicht erörtert zu werden.

4.2.3. Personelle Erweiterungen

Die Aufzählung wäre unvollständig, wenn nicht zumindest kurz auf die Möglichkeiten personeller Erweiterungen eingegangen wird. Von ihnen ist in der Geschichte des Reichsgerichts[21] wie des Bundesgerichtshofes[22] häufig Gebrauch gemacht worden,

---

16) Vgl. noch unten 12.1.2.1.
17) Vgl. oben 4.1. a.E.
18) Kritisch dazu unten 12.1.2.2.
19) Vgl. dazu unten die Untersuchung zur Begründungspflicht (12.1.2.3.).
20) Z.B. nach § 545.
21) Vgl. oben 3.2.1. mit N.20.
22) Vgl. 3.3.2. N.50.

die jüngste Reform hat dagegen insbesondere auf eine Vermehrung der Senate durch Aufstockung der Richterplanstellen[23] verzichtet. Dazu sei folgendes angemerkt:

Das Parlament[24] hat sich neben finanziellen Gesichtspunkten die im Schrifttum erhobenen Bedenken zu eigen gemacht, die zum Teil darauf abheben, daß es nicht genügend geeignete Richter gebe, so daß ein Niveauschwund zu befürchten sei.[25]

Es ist kaum vorstellbar, daß die Anzahl derer, die für das Amt eines Bundesrichters befähigt sind, nur einen Ausgleich der Lücken des derzeitigen Bestands erlauben soll.[26] Die Schwierigkeit schein weniger darin zu liegen, daß es an hinreichend qualifizierten Juristen fehlt, sondern wird mehr in der Art der Auswahl zu suchen sein.[27] Es ist zumindest nicht auszuschließen, daß sachfremde Erwägungen, insbesondere parteipolitische Proporzgrundsätze, die Wahl beeinflussen,[28] und nicht nur persönliche Leistung und Qualifikation berücksichtigt werden.[29]

---

23) Pohle, Gutachten, S. 49, erwog auch - bei Beibehaltung der Richterzahl - die Verkleinerung der Senate auf dreiköpfige Kollegien, befürchtete aber Gefahren für die Güte der Rechtsprechung.

24) BT-Dr 7/444, S. 14; 7/ 3596, S. 3.

25) R.Fischer, DRiZ 1954, 1006; Kommissionsbericht 1961, S. 148; Johannsen, DRiZ 1962, 303; Holtgrave, DB 1975,1685; dagegen Paulsen, BB 1955, 170.

26) Gleicher Ansicht G.Schröder, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 50. - Dazu einige beispielhafte Zahlen: Fast 75% aller bisher beim BGH tätigen Richter gehörten zuvor einem Oberlandesgericht an oder waren Präsident eines Großstadtgericht (Quellen: 25 Jahre Bundesgerichtshof, Statistischer Teil, S. 353 ff; ab Juni 1975 Personalnachrichten der DRiZ). Beschränkt man sich auf Richter der Oberlandesgerichte, so stehen die Angehörigen von insgesamt 318 Zivilsenaten, d.h. fast 1000 Richter zur Auswahl.

27) Nach dem Richterwahlgesetz vom 25.8.1950 werden die Bundesrichter durch den zuständigen Bundesminister und einen Richterwahlausschuß berufen, der aus den 11 Landesjustizministern und 11 gewählten Mitgliedern, bisher immer Angehörigen des Bundestages, besteht; dazu Kratz, DRiZ, 1970, 17.

28) Siehe dazu die Kritik von Kratz, DRiZ 1970, 17; Ipsen, DOV 1971, 472; und Rudolph, DRiZ 1975, 243.

29) Die Richterschaft hat im Gegensatz zu vielen Landesgesetzen keinen Einfluß auf die Wahl.

Dem könnte jedoch durch ein sachbezogeneres Wahlverfahren begegnet werden.[30]

Schwerer wiegt dagegen der Einwand, daß die Rechtseinheit des Gerichts gefährdet werde.[31] Es ist an sich berechtigt, jedoch gilt er schon für den gegenwärtigen Zustand. Als Idealzustand mag einem dabei die Situation beim amerikanischen Supreme Court mit seinem neun Richtern vorschweben - bei den heute 69 Zivilrichtern des Bundesgerichtshofes ist es jedenfalls kaum mehr möglich, den erforderlichen Kontakt zu pflegen;[32] zurecht nannte Möhring diesen Wunsch eine Illusion.[33]

Es ist daher generell zu fragen, ob nicht eine Verminderung der zum Bundesgerichtshof gelangenden Streitsachen der Rechtseinheit abträglicher ist als eine Vermehrung der Richterstellen.[34] Jedenfalls sollten neben den verfahrensrechtlichen Änderungen auch in gewissem Umfange Planstellenerweiterungen erwogen werden.[35]

---

30) Eine andere Frage ist es, ob sich unter den gegenwärtigen Voraussetzungen genügend Bewerber zur Verfügung stellen.

31) Siehe N. 25; weiter Möhring, NJW 1949, 3; Heusinger, ZZP 76, 329; Vollkommer, JZ 1964, 161.

32) Johannsen, DRiZ 1962, 303; Heusinger, ZZP 76, 330.

33) JZ 1974, 371; auch Möhring war zunächst gegen eine Vermehrung der Richterstellen, vgl. NJW 1949, 3; 1962, 2, zog sie aber später der Änderung der Revision vor, JZ 1964, 371.

34) Paulsen, BB 1955, 170; Kirchberger, NJW 1955, 1499; Borck, WRP 1975, 711; vgl. zu dem Problem auch Putzler, Die Überlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge, 1910, S. 7. - Das Argument von der inneren Einheit verliert zudem erheblich an Kraft, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Oberlandesgerichte - ohne jeden persönlichen Kontakt - durch Gesetz verpflichtet sind, die Rechtsprechung aller Zivilsenate des Bundesgerichtshofes zu kennen, weil sie bei eigener Entscheidungsabweichung die Revision zulassen müssen (§ 546 I 2 Nr. 2).

35) Vgl. auch Bruns Rn. 275 N. 26. - Zur Frage der Schaffung von befristeten Stellen und Einrichtung von Hilfssenaten vgl. Paulsen, BB 1955, 170; Pohle, Gutachten, S. 49; Jagusch, NJW 1963, 4. Für eine weitere Entlastung der Richter durch vermehrte Einstellung wissenschaftlicher Hilfsarbeiter: DAV, AnwBl 1954, 122; Möhring, NJW 1962, 2; Jagusch, NJW 1963, 4; dagegen Heusinger, ZZP 76, 331; auch Stimpel, Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 73. Über die positiven Erfahrungen mit Hilfsrichtern am französischen Kassationshof (conseillers référendaires) berichtet W. Mayer, DRiZ 1972, 382.

5. Die Zwecke der Revision

5.1. Die Revisionszwecke als Diskussionsanlaß

Bei der Durchsicht der wissenschaftlichen Literatur läßt sich ein gewisses, wenn auch nur unterschwelliges Unbehagen nicht verkennen, daß gerade die Überlastung des Revisionsgerichts - ein von außen herangetragenes, auf unvermeidbaren Unzulänglichkeiten beruhendes Symptom - zu einem fortwährenden Reformanlaß erwachsen ist,[1] auch wenn der Tatbestand als solcher und die Dringlichkeit der Maßnahmen - im Gegensatz zu ihrer inhaltlichen Durchführung - kaum ernsthaft in Streit gewesen sind.

Ein vollkommen anderes Interesse erweckt dagegen die Auseinandersetzung um die Zwecke und Aufgaben der Revision.

Ein deutliches Herauslösen aus den allgemeinen Feststellungen zu den Zwecken des Prozesses - und der Rechtsmittel im besonderen - erfolgte erstmals mit der Schaffung der preußischen Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14.12.1833.[2]

Die Preußische Allgemeine Gerichts-Ordnung von 1793 kannte bis dahin mit der Appellation und der Revision zwei Rechtsmittelinstanzen, die der damaligen gemeinrechtlichen Auffassung zufolge[3] beide als Rechts- und Tatsacheninstanz ausgebildet waren.[4] Die Revision zum Obertribunal und zu den Oberlandesgerichten unterschied sich von der Appellation im wesentlichen nur durch die Beschränkung von neuem Vorbringen und neuen Beweismitteln;[5] der Zugang zu beiden Rechtsmittelinstanzen wurde ebenfalls hauptsächlich mit Hilfe besonderer Wertgrenzen gesteuert.[6] Gegen die dennoch anhaltende Überlastung des Obertribunals richtete sich die Verordnung von 1833. Die Revision blieb danach nur noch bedeutenderen Fällen vorbehalten,[7] war aber weiterhin als Rechts- und Tatsacheninstanz ausgestal-

---

1) Am deutlichsten bei Reuß, DÖV 1959, 11; auch Stein, ZZP 24, 242.
2) Gesetzessammlung 1833, S. 302 ff.
3) Zum gemeinrechtlichen Rechtsmittelsystem Hellwig, § 273 I 1.
4) Im einzelnen Henke, S. 196; Gottwald, S. 60.
5) Dazu Gottwald, S. 58 m.w.N.
6) Die einzelnen Wertgrenzen führt Henke, S. 196/7 N. 27,28 auf.
7) Voraussetzung waren die Differmität der Vorentscheidungen und eine Erwachsenheitssumme von 500 Talern.

tet.[8] Für nicht appellations- oder revisionsfähige Verfahren war als außerordentliches Rechtsmittel die Nichtigkeitsbeschwerde vorgesehen. Gemäß § 4 der VO konnte sie beim Obertribunal eingelegt werden, wenn das angefochtene Urteil einen Rechtsgrundsatz oder eine wesentliche Prozeßvorschrift verletzt hatte.[9]

Die Einführung dieses Rechtsmittels mit ihren besonderen Zugangsbeschränkungen ist als Wendepunkt in der Entwicklung des Rechtsmittelwesens bezeichnet worden.[10] Bahnbrechende Neuerung war der Gedanke, die Aufgabe des letztinstanzlichen Gerichts bestehe vor allem in der Aufrechterhaltung der "Einförmigkeit der Rechtspflege" und nicht in der Berichtigung jeder der Partei zugefügten Rechtsverletzung.[11]

Eine gleichermaßen starke Betonung des Revisionszwecks, die Rechtseinheit zu wahren, in den Motiven der Reichszivilprozeßordnung von 1877[12] löste eine bis zum heutigen Tage anhaltende Diskussion aus.

Einen grundlegenden Überblick über die Hauptströmungen geben drei Abhandlungen aus der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg, die als Basis für die weitere Auseinandersetzung herangezogen werden können: Mannheim[13] vertrat die Auffassung, daß auch das letztinstanzliche Rechtsmittel primär das Parteiinteresse an

---

8) Nach Schwinge, S. 11 f., wollte die Gesetzesreformkommission dadurch die entsprechende Garantie der Deutschen Bundesakte 1806 berücksichtigen. Gottwald, S. 59, führt die Beibehaltung einer dritten Tatsacheninstanz auf einen gemeinrechtlichen Grundsatz zurück, da die Bundesakte nur ein Recht auf drei Instanzen, nicht aber die einzelne Regelung festgelegt habe.

9) Wortlaut bei Schwinge, S. 12. Entgegen der Vorstellungen ihrer Schöpfer lag in der Praxis binnen kurzer Zeit auf dem eigentlich subsidiären Rechtsmittel das Schwergewicht der Tätigkeit des Obertribunals (ca. 2/3 aller Zivilsachen waren Nichtigkeitsbeschwerden). Nach anfänglichem Fehlen einer zusätzlichen Wertgrenze wurden später Bagatellsachen unter 50 Talern ausgeschlossen (Deklaration v.6.4.1839).

10) Schwinge, S. 12.

11) Vgl. den Bericht der Revisions-Deputation der Allgemeinen Gerichtsordnung, Zweiter Teil, Berlin 1827, S. 94. Näher dazu Schwinge, S. 9 ff.

12) Hahn, Materialien, Bd. I, S. 141.

13) Beiträge zur Lehre von der Revision bei materiellrechtlichen Verstössen im Strafverfahren, 1925, S. 21 ff.

einer gerechten Einzelfallentscheidung zu berücksichtigen habe. Schwinge[14] betonte dagegen als Besonderheit der Revision die Gewährleistungsfunktion für die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung und ordnete sie der Einzelfallentscheidung über. Pohle [15] schließlich war der Auffassung, daß zwischen den Parteibedürfnissen und den Interessen der Allgemeinheit kein Gegensatz zu finden sei, sondern beide Funktionen im Revisionsverfahren verschmolzen seien.

Auf eine umfassende Darstellung der kaum zu übersehenden Meinungsvielfalt, die sich letztlich auf die genannten Arbeiten zurückführen lassen oder schon von ihnen mitberücksichtigt worden waren, soll verzichtet werden.[16] Der Gegenstand der Untersuchung ist die Beurteilung der Reform von 1975; deswegen gilt die Auseinandersetzung mit den Revisionszwecken im besonderen der Würdigung der Auffassung vom Vorrang der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung, da die Gesetzgebungsarbeiten ebenfalls von dieser Erwägung getragen sind.[17]

5.2. Die Revision als eigenständiger Rechtsmitteltyp

5.2.1. Die Bedeutung des Wesens der Revision für die Zweckermittlung

Die Ermittlung der Zwecke erfordert zunächst ein Bezugsobjekt. Der erste Schritt der Überlegungen muß daher darin liegen, das Wesen, d.h. die begriffsbestimmenden Merkmale der Revision zu erforschen. Denn nur, wenn man für das deutsche Recht davon ausgehen kann, daß die Revision kein beliebig wandelbares Gebilde ist,[18] sondern die Bezeichnung in ihrem modernen Sinne gewisse, für ihren Charakter ausschlaggebende Grundstrukturen

---

14) Grundlagen des Revisionsrechts, 1935, S. 29 ff.;zitiert wird im folgenden die 2. Aufl. 1960.
15) Revision und neues Strafrecht, 1930, S. 83 - im folgenden wird auf sein Gutachten zum 44. DJT (1962) Bezug genommen.
16) Siehe dazu Duske, S. 41 ff; Pawlowski, ZZP 80,345 (351 ff.); Gottwald, S. 82 ff; Prütting, S. 86 ff.
17) BT-Dr 7/444, S. 12; 7/3596, S. 3.
18) So richtig Duske, S. 84.

umfaßt, ist eine Basis geschaffen, von der aus ersehen werden kann, welchen Zwecken die Revision offensteht.[19] Der methodische Weg verläuft also umgekehrt im Vergleich zu dem, den der Gesetzgeber bei der ursprünglichen Schaffung des Rechtsmittels verfolgt hat. Die Legislativorgane konnten ein Verfahren nach ihren Vorstellungen über die Revisionszwecke gestalten, gleichgültig, wie es endgültig bezeichnet werden sollte. Jetzt ist aber allein der Wortlaut des Gesetzes von Bedeutung, nach dem sich das prozedierende Gericht zu richten hat.

5.2.2. Die Grundzüge ähnlicher Rechtsmittelformen

5.2.2.1. Vergleichbare Rechtsmittel

Um die eigentümliche Gestaltungsform dazustellen, empfiehlt sich die Heranziehung anderer Rechtsmittel, da deren Grundlagen zum Teil von der Revision rezipiert worden sind.[20]

In einen unmittelbaren Vergleich werden an dieser Stelle nur diejenigen Rechtsmittel einbezogen, denen entwicklungsgeschichtlich ein Einfluß auf die Revision der Zivilprozeßordnung nachgewiesen werden kann oder die ihr konstruktionsmäßig nahestehen.
Zu den ersten sind die französische Kassation sowie die preußische Nichtigkeitsbeschwerde zu zählen. Auf der anderen Seite ist das deutsche Berufungsverfahren zu berücksichtigen, während ausländische Rechtsmittel gleicher Bezeichnung[21] oder ähnlicher Ausprägung[22] aus Gründen der Übersichtlichkeit und fehlender Sachnähe außer Acht bleiben sollen.

---

19) Schon hier muß der These von Schwinge, S. 25, Zweckgleichheit bedeute im Rechte immer Wesensgleichheit, widersprochen werden. Schwinge unterscheidet im Rahmen seines teleologischen Vorgehens nicht zwischen den - einer Idealvorstellung entspringenden - beabsichtigten Zwecken und den Zwecken, die nach den Gegebenheiten des Gesetzes tatsächlich verfolgbar sind. Die Vermischung beider Zweckbetrachtungen führt zu Fehlschlüssen.
Vgl. dazu unten die Auseinandersetzung mit dieser Lehre.

20) Mitunter wird die Revision als Mischprodukt bezeichnet, so Möhring, NJW 1949, 1; Prütting, S. 89.

21) Etwa die oesterreichische Berufung.

22) Zu denken wäre an die skandinavischen letztinstanzlichen Rechtsmittel, die in vielem an die deutsche Berufung erinnern, vgl. Duske, S. 75; Prütting, S. 53 ff.

Die Einwirkungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises auf unser Rechtsmittelsystem - insbesondere hinsichtlich des Zugangs zu den höchsten Gerichten - können außer Acht bleiben. Das deutsche Verfahrensrecht wurde erstmals in der Besatzungszeit nach 1945 von angelsächsischen Einflüssen mitbeherrscht,[23] während die Grundzüge der Revision siebzig Jahre zuvor festgelegt worden sind.

5.2.2.2. Die deutsche Berufung

Die Berufung ist das bei den unteren Rechtsmittelgerichten gebräuchliche Verfahren zur uneingeschränkten und allumfassenden Richtigkeitskontrolle. Sie umfaßt sowohl die Rechtsanwendung als auch die unter den Parteien tatsächlichen streitigen Verhältnisse (§ 537). Im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Appellation dient sie aber nicht nur der Berichtigung von Fehlern des Verfahrens erster Instanz in Tat- und Rechtsfragen,[24] sondern sie führt durch Neuformung des Tatsachenstoffs zu einer völlig neuen Entscheidung des höheren Richters.[25] Das Verfahren wird zugleich fortgesetzt und durch das ius novorum, d.h. das grundsätzliche Recht, neue Tatsachen und Beweismittel einzuführen, auch erneuert. Allerdings ist dieses Moment des Berufungsverfahrens schon durch die Novellen vom 13.2.1924 und vom 27.11.1933, insbesondere aber durch die Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976[26] stark zurückgedrängt worden. Dennoch muß das Novenrecht weiterhin zu den Wesenszügen der Berufung gezählt werden.[27]
Gegenstand des Verfahrens ist somit der vom Berufungsgericht selbst ermittelte Sachverhalt, so daß das erstinstanzliche Urteil trotz korrekten Verfahrens und regelgerechter Rechtsfindung gleichwohl aufgehoben werden muß; wenn das neu entworfene Tatsachenbild eine abweichende rechtliche Würdigung

---

23) Siehe oben 3.3.1.
24) Dazu Stein-Jonas-Grunsky I vor § 511.
25) Stein-Jonas-Grunsky I vor § 511; Rosenberg-Schwab, § 135 I 3 a.
26) BGBl. I 3281.
27) Rosenberg-Schwab, § 135 I 3 a; Jauernig, § 73 V - wenngleich auch nur im deutschen Recht. § 462 öZPO sieht dagegen gerade ein Neuerungsverbot vor, dazu Hundhammer, S. 261.

verlangt. Andererseits ist die Berufung zurückzuweisen, wenn das angefochtene Urteil trotz zutreffender Angriffe im Ergebnis Bestand hat.[28] Die erneute Entscheidung und damit die Fortsetzung des Verfahrens kann mit Ausnahme von vermögensrechtlichen Bagatellsachen[29] für alle Rechtsstreitigkeiten herbeigeführt werden. Es ist daher für die Berufung bezeichnend, daß sie jeder Art von Rüge offen ist.

5.2.2.3. Die französische Kassation

Der französische Kassationsrekurs ist ein außerordentliches Rechtsmittel von großer Tradition und jahrhundertelanger Bewährung,[30] das stets in hohem Ansehen stand.[31] Die Kassation kann ohne Wertbegrenzung und ohne besondere Zulassung[32] gegen jedes Urteil der Cours d'Appel[33] eingelegt werden. Fehler der Tatbestandsermittlung zu beheben ist ihr weitgehend versagt,[34] sie ist auf die Untersuchung von Gesetzesverletzungen beschränkt.[35] Der Kassationshof kann aber

---

28) Bruns, Rn. 264 b.
29) D.h. bei einem Beschwerdegegenstand im Werte bis zu 500 DM.
30) Zu den Ursprüngen der Kassation, ihrer Entwicklung aus mittelalterlichem Gewohnheitsrecht und der Übertragung der königlichen Befugnisse auf die nach der französischen Revolution errichteten Cour de Cassation vgl. Duske, S. 77; Bucher, NJW 1963, 929.
31) Vgl. Schwinge, S. 39 ff mit eingehenden Nachweisen. Das Kassationsprinzip hat im Laufe der Zeit eine überaus weite Verbreitung gefunden und ist in zahlreichen Varianten Bestandteil der Rechtsordnungen der Benelux-Länder, der Schweiz und der südeuropäischen Staaten. Weiter folgen ihm auch große Teile Südamerikas und des Ostblocks. Die z.T. durchaus interessanten Abwandlungen und Mischformen sind hier aber nicht von Bedeutung. Vgl. dazu Duske, S. 76 N. 253; Pohle,Gutachten, S. 48 N. 61 a; Bucher, NJW 1963, 930; Prütting, S. 51 f.
32) Auch die 1947 aufgelöste Chambre des Requêtes nahm im Rahmen der ihr anvertrauten Vorprüfung (filtrage) nicht eine Auswahl nach der Kassationswürdigkeit wegen der besonderen Bedeutung der Rechtsfragen vor, sondern untersuchte in einem summarischen Verfahren lediglich die Erfolgsaussicht; im einzelnen Bucher, a.a.O..
33) Einen kurzen Überblick über den Aufbau der französischen Gerichtsbarkeit gibt Prütting, S. 50.
34) Duske, S. 76; Ausnahmen bei Bucher, a.a.O., S. 931.
35) Detaillierte Aufzählung bei Bucher, a.a.O., S. 930.

nicht noch einmal den gesamten Prozeßstoff aufrollen; geprüft werden mit dem ausschließlich schriftlichen Verfahren allein die ausdrücklich gerügten Gesetzesverstöße.[36] Die Einlegung der Kassation löst keine Suspensivwirkung aus:[37] die Entscheidungen der Cours d'Appel bleiben rechtskräftig und vollstreckbar; erst ein positiver Spruch des Kassationshofs führt zur Aufhebung der Rechtskraft.[39]

Das Gericht hat aber nicht die Befugnisse einer dritten Instanz, so daß es in der Sache selbst nicht entscheiden kann, sondern es muß den Rechtsstreit an ein anderes Gericht gleicher Stufe zurückverweisen, ohne daß dieses an die Ansicht des Kassationshofes gebunden ist. Erst wenn der "juge de renvoi" erneut in gleichem Sinne entscheidet wie das erste Gericht und wiederum der Kassationshof angerufen wird, tritt ein besonderer Spruchkörper - seit 1967 "Assemblée plénière" genannt - zusammen, der bei Spruchreife in der Sache selbst endgültig entscheiden kann.[40]

Eine herausragende Besonderheit stellt die Möglichkeit dar, daß für den Fall, daß sich die Parteien mit dem Berufungsurteil zufrieden gegeben haben, der Procureur Général beim Kassationshof eine rechtskräftige Entscheidung ohne jede Fristbegrenzung[41] im Wege der cassation dans l'intérêt de la loi anfechten kann. Eine daraufhin folgende Aufhebung des Urteils entfaltet nur eine abstrakte Rechtswirkung, die allein dem objektiven Recht Genüge tut, ohne daß der beschwerten Partei das positive Ergebnis zugute käme; die rechtskräftig festgestellten subjektiven Rechte bleiben unberührt.[42], [43]

---

36) Stein-Jonas-Grunsky, I 1 vor § 545.
37) Duske, S. 79; Bucher, a.a.O., S. 931.
38) Bucher, a.a.O.
39) Richard Schmidt, § 102 A 4.
40) W.Mayer, DRiZ 1972, 383. Diese Befugnis stellt einen Bruch mit einem traditionsreichen Kennzeichen der Kassation dar. Bis 1967 mußten die bis dahin bestehenden chambres réunies die Sache in jedem Falle an ein drittes Gericht zurückverweisen, das allerdings dann an die geäußerte Rechtsauffassung gebunden war. Dazu Siegert, S. 41 ff; Bucher, NJW 1963, 932.
41) Bucher, a.a.O.
42) Duske, S. 79; Schwinge, S. 46.
43) Es soll hier der alte Streit dahingestellt bleiben, ob der Kassationshof seinem Wesen nach als ein echtes Gericht bezeichnet werden kann - so Duske, S. 78; Schwinge, S. 43 f.; W.Mayer, DRiZ 1972, 382 - oder ob er mehr ein nach staatsrechtlichen Grundsätzen verfahrendes Organ der Justizaufsicht zur staatlichen Rechtskontrolle ist - so bei Hahn, Materialien, Bd. II, S. 142; Richard Schmidt, S. 796; Stein-Jonas-Grunsky, I 1 vor § 545.

5.2.2.4. Die preußische Nichtigkeitsbeschwerde

Mit der 1833 als subsidiärem Rechtsbehelf eingeführten Nichtigkeitsbeschwerde[44] übernahm Preußen - bisher seinem Rechtsmittelwesen fremdes - französisches Gedankengut.[45] Der Kassation war die Nichtigkeitsbeschwerde insofern nachgebildet, als sie im Gegensatz zu den ordentlichen Rechtsmitteln der Appellation und der damaligen Revision als reine Rechtsinstanz ausgestaltet war. Abweichend von dem französischen Vorbild wurde die - gleichfalls abstrakte[46] - Prüfung auf die Verletzung oder Falschanwendung bestehender Rechtsgrundsätze beschränkt.[47] Ebenso konnte eine Zuwiderhandlung gegen eine Verfahrensnorm nur dann gerügt werden, wenn eine wesentliche Prozeßvorschrift mißachtet worden war.[48] Im Unterschied zu der Beschwerde gegen sachliche Fehler war aber nicht ein Irrtum von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung erforderlich und genügend, sondern es war allein der Einfluß ausschlaggebend, den die Gesetzesverletzung auf den konkreten Verfahrensausgang hatte[49] - auch ein Gedanke, der der Kassation fremd ist.[50]

Bezeichnend für die Art der Nachprüfung war die Beschränkung auf die von dem Beschwerdeführer gerügte Rechtsverletzung. Dem Obertribunal war es versagt, trotz von ihm erkannter schwerer Mängel das beanstandete Urteil zu kassieren, wenn es nicht gelungen war, den zutreffenden Beschwerdepunkt richtig zu bezeichnen.[51]

---

44) Vgl. schon oben 5.1.
45) Schwinge, S. 11.
46) Schwinge, S. 24.
47) § 4 Nr. 1 der VO v.14.12.1833.
48) § 4 Nr. 2 iVm § 3 der VO.
49) Schwinge, S. 13.
50) Bucher, NJW 1963, 932.
51) Diese Regelung war der am schärfsten kritisierte Mangel der Nichtigkeitsbeschwerde; dazu Henke, S. 196 ff; insbes. S. 201.

Im Gegensatz zu der scharfen, formalistischen Begrenzung der richterlichen Sachbeurteilung war der Zugang zu dem Obertribunal für dieses Rechtsmittel kaum reglementiert. Es konnten fast alle Streitigkeiten[52] vor das oberste Gericht gebracht werden, so daß dieses sich auch mit alltäglichen Quisquilien zu beschäftigen hatte und den Parteien in erster Linie Gelegenheit geboten wurde, bei nicht appellations- und revisionsfähigen Sachen zu versuchen, ihren gekränkten Rechten Geltung zu verschaffen.[53]

5.2.3. Die begriffsbestimmenden Merkmale der Revision

Das eigenartige Wesen der Revision ist besonders dadurch geprägt, daß es einzelne Charakterzüge der vorgenannten Rechtsmittel in sich vereint.

Wie die Berufung ist die Revision ein echtes Rechtsmittel der Parteien,[54] das bei Spruchreife mit einem Urteil in der Sache abschließen kann (§ 565 III), zumindest aber, bei Zurückverweisung, das Untergericht an die Rechtsauffassung bindet (§ 565 II).

Mit dem Kassationsrekurs und der Nichtigkeitsbeschwerde hat die Revision demgegenüber gemein, daß sie auf die Nachprüfung der rechtlichen Seite des Verfahrens beschränkt ist, da mit der Revision nur Gesetzesverletzungen gerügt werden können.

Die Art der Nachprüfung läßt keinen lückenlosen Vergleich mit einem der besprochenen Rechtsmittel zu: es bestehen zum Teil scharfe Gegensätze, wenn auch andererseits Ähnlichkeiten auf gewisse Anleihen schließen lassen. Die Prüfung von prozessualen Mängeln hat sich nach französischem und preußischem Vorbild auf die ausdrücklich gerügten zu beschränken. Bei materiellrechtlichen Gesetzesverletzungen ist der Senat hingegen nicht an die geltend gemachten Revisionsgründe gebunden (§ 559 II,1)[55],

52) Zu dem Ausschluß von Bagatellsachen siehe oben N. 9.
53) Angesichts dieser Konstruktion ist die Nichtigkeitsbeschwerde vielfach als Rechtsmittel minderen Ranges bezeichnet worden. Vgl. zu der Kritik im einzelnen - insbesondere im Verlaufe der weiteren Gesetzesentwicklung vor und nach 1877 - Henke, S. 200 ff.
54) Stein-Jonas-Grunsky,I, 1 vor § 545; Henke, S. 205 f; Gottwald, S. 86.
55) Stein-Jonas-Grunsky, I,1 vor § 545.

sondern kann wie das Berufungsgericht frei entscheiden.[56] Und schließlich kann die Revision, anders als die Kassation und früher die Nichtigkeitsbeschwerde im Falle einer materiellrechtlichen Rüge, nur dann durchdringen, wenn die angefochtene Entscheidung gerade auf der Gesetzesverletzung beruht.[57]

Damit sind die wichtigsten Kennzeichen der Revision genannt, die als Grundlage für eine weitere Zweckbestimmung dienen können. Es ist deutlich geworden, daß die bestehenden Gemeinsamkeiten nicht dafür ausreichen, die Revision in die unmittelbare Nähe eines anderen Rechtsmittels zu rücken oder sie gar nur als eine unselbständige Variation anzusehen.

Die Revision ist eine derart eigenwillige Kombination unterschiedlicher Gestaltungsformen, die zwar auf Rechtsfragen beschränkt ist, aber eine weitgehend frei gestaltete Nachprüfung zuläßt und schließlich auf den Einfluß der Gesetzesverletzung auf das Berufungsurteil abstellt, daß sie als selbständige Rechtsbildung verstanden werden muß, mag ihr besonderer Charakter auch noch so sehr auf der Verschmelzung von Essentialien anderer Rechtsmittel beruhen.[58]

5.2.4. Folgerungen für die Zweckermittlung

Mit dem Aufweis der Eigenständigkeit der Gestaltungsform für das Rechtsmittel der Revision muß die Argumentation Schwinges von der Zweck- und Wesensgleichheit von Kassation, Nichtigkeitsbeschwerde und Revision in Frage gestellt werden.

Schwinges Darstellung setzt bei der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde an, deren Entstehung er verfolgt. Für die Regelung der materiellrechtlichen Rügen weist er einen starken Einfluß der französischen Kassation nach,[59] welche in erster Linie der Rechtseinheit diene, also im öffentlichen Interesse geschaffen sei.[60] Sodann wendet er sich gegen eine Wesensverschiedenheit von Revision und Nichtigkeitsbeschwerde: als

56) Bruns, Rn. 264 b.
57) Vgl. zu der Frage der Kausalität Bruns, Rn. 276 b.
58) Zu Recht bezeichnet R.Schmidt, S.797, die Revision "als eigenartige, feinsinnige, aber auch sehr künstlich ausgebildete Schöpfung".
59) S. 13.
60) S. 26, 42; die Richtigkeit dieser Auffassung soll hier nicht weiter untersucht werden.

Beweis führt er an, daß beide der gleichen Aufgabe dienten, nämlich der Wahrung und Aufrechterhaltung der Rechtseinheit.[61] Damit sei zugleich der Nachweis erbracht, daß die Wurzeln der Revision (über die Nichtigkeitsbeschwerde) zur Kassation zurückführen.[62] Auch zwischen diesen beiden Rechtsmitteln herrsche weitgehende Zweckgleichheit, obwohl die Revision nach ihrer verfahrenstechnischen Ausgestaltung zusätzlich den Interessen der Parteien zu dienen habe.[63] Um aber zu dieser angeblichen Parallelität der Rechtsmittel zu kommen, muß Schwinge die Konstruktionsmerkmale in eine bestimmte Rangfolge zwingen, um die Gewichte der Eigenarten so zu verschieben, daß sie für eine Wesens- und Zweckgleichheit Beweis erbringen können.[64] Die Bedeutung der Einzelfallentscheidung als Ziel des Revisionsverfahrens wird dabei nur ungenügend berücksichtigt, sie wird vielmehr von vornherein den Allgemeininteressen nachgeordnet.

Ein vollkommen anderer - weil zunächst wertfreier - Ansatzpunkt wird geschaffen, wenn man nicht einen gemeinsamen "Sonderzweck"[65] der letztinstanzlichen Rechtsmittel verschiedener Rechtsordnungen voraussetzt, sondern zunächst einen übergeordneten Rechtsmittelzweck entwickelt, der dann für das letztinstanzliche Verfahren entsprechend zu modifizieren ist.

Dazu kann man sich für die Revision auf das geltende deutsche Zivilprozeßrecht beschränken,[66] sofern die Parallelen zwischen Berufung und Revision[67] eine Orientierung an einem für beide gültigen übergeordneten Rechtsmittelzweck erlauben.

---

61) S. 25; damit schließt Schwinge nicht von dem Wesen der Rechtsmittel auf ihre Zwecke, sondern verbindet beides; zur Kritik vgl. oben N. 19.
62) Die unbestritten vorhandenen Gemeinsamkeiten erlauben aber keine generelle Gleichsetzung.
63) S. 42 iVm S. 26 ff.
64) Das wird insbesondere von Henke, S. 195 f., kritisiert.
65) Schwinge, S. 32; zu seiner Methode sogleich.
66) Mit dem Vorteil, daß auf unübertragbare Erscheinungen fremden Rechtsdenkens und fremder Rechtsgewohnheiten nicht eingegangen zu werden braucht.
67) Die Beschwerde bleibt hier unbeachtet.

Obwohl der Umfang der Kontrolle aufgrund der Beschränkungen auf Rechtsfragen im Revisionsverfahren verringert ist, darf der Unterschied zur Berufung nicht überbewertet werden. Denn - reduziert auf den rechtlichen Bereich - überprüfen die Gerichte in beiden Rechtsmittelverfahren aufgrund der Initiative einer Partei die Entscheidung eines konkreten Falles. Sie sind - mit der Ausnahme der §§ 554 III Nr. 3, 559 II, 2 bei Verfahrensrevisionen - nicht an die Begründungen der Parteien gebunden, beantworten durch den Fall berührte streitige Rechtsfragen nur insoweit, als sie für die Klärung des Streits von Bedeutung sind und lassen die Rechtsmittel nur durchgreifen, wenn die veränderte rechtliche Beurteilung nicht zu der Entscheidung der Vorinstanz führen kann. Diese Gesichtspunkte deuten auf eine Verwandtschaft der Revision mit der Berufung hin, die eine gemeinsame Zweckbetrachtung der hier beabsichtigten Art zulassen. Zu berücksichtigen ist dabei aber die Sonderstellung, die ein letztinstanzliches Rechtsmittel in einem Instanzenzug einnimmt, vor allem, wenn es von einem zentralen Obergericht wahrgenommen wird.[68]

Während Schwinge einen nächsthöheren Begriff (einen übergeordneten Rechtsmittelzweck) nur heranziehen will,[69] wenn sich aus dem "Sonderzweck" allein keine Klarheit der Interessenlage ergibt,[70] sollen hier die Revisionszwecke und ihr Verhältnis zueinander aus einem übergeordneten Rechtsmittelzweck abgeleitet werden.[71]

---

68) Mannheim (oben 5.1. N.13) hat dagegen an einem einheitlichen Rechtsmittelzweck festgehalten, ohne die Revision gesondert zu berücksichtigen.
69) Worauf er aber verzichten zu können glaubt.
70) S. 32.
71) Damit wird ein Mittelweg eingeschlagen, der methodisch zwischen Schwinge und Mannheim liegt.

5.3. Ermittlung der Revisionszwecke und ihr Verhältnis zueinander

5.3.1. Der übergeordnete Rechtsmittelzweck

Alle Rechtsmittel haben zunächst dem Zweck des Prozesses zu dienen.[72] Die Vielfalt der dazu vertretenen Ansichten gebietet hier die Beschränkung auf das vorrangige Ziel - die Sicherung und Durchsetzung subjektiver Rechte.[73] Demnach stehen auch die Instanzgerichte vor allem im Dienste der Gerechtigkeit, der gerechten Einzelfallentscheidung.[74]

In den Rechtsmittelverfahren erfährt der Prozeßzweck eine spezifische Erweiterung. Ihren inneren Grund haben die Rechtsmittel in der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis, in der Möglichkeit richterlicher Irrtümer; ihr Inhalt ist die Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils und seines Zustandekommens;[75] ihr wahrnehmbares Resultat ist die Bestätigung oder Aufhebung[76] einer Einzelfallentscheidung.

Es ist somit der Gedanke der Kontrolle, der die Rechtsmittel beherrscht,[77] wenn auch im einzelnen in unterschiedlicher Ausprägung. Die Kontrolle ist zugleich Anlaß und Ziel der Verfahrensfortsetzung: die in Aussicht gestellte Überprüfung ist Grund für die Rechtsmitteleinlegung, und ihr Ergebnis findet in dem Rechtsmittelurteil Ausdruck. Von dieser primären Aufgabe der Rechtsmittelgerichte sind alle weiteren Zwecke abzuleiten, seien es instanzspezifische Modifikationen oder eigenständige Sonderzwecke im Sinne Schwinges. Auf die Revision und ihre Zwecke bezogen, verlagert sich die Frage nach Rang und Gewicht des Individualinteresses und des allgemeinen Interesses auf eine nachgeordnete Ebene.[78]

---

72) Pohle, Gutachten, S. 11.
73) Dazu Duske, S. 56 ff; Pohle, Gutachten, S. 10; Rimmelspacher, S. 10, 23; Vollkommer, ZZP 81, 105. Inwieweit dieses Ziel tatsächlich zu erreichen ist, Bruns, Rn. 7.
74) Paulsen, BB 1955, 171.
75) Pohle, Gutachten, S. 11; vgl. auch Bruns, Rn. 106: "Die Abänderbarkeit in einem geordneten Rechtszug gehört gerade zur Wirkungsweise gerichtlicher Entscheidungen. Sie hat jeweils ihren Grund in einer (behauptet) unrichtigen Erfassung der Rechtslage ..."
76) Ggf. unter Zurückverweisung.
77) Zu den Kontrollgedanken in der deutschen und der französischen Justiz Bruns, Rn. 273 b/c. Zu der Bedeutung der Kontrollfunktion für die Verfahrensauswahl in der Revisionsinstanz unten 12.1.1.
78) Dazu 5.3.3.

Bleibt man aber zunächst für einen Vergleich der Rechtsmittel der Berufung und der Revision auf der allgemeinen Ebene der Kontrollfunktion, so läßt sich schon aus den Grundzügen der Verfahrensordnung ersehen, daß die Revision in noch stärkerem Maße auf eine Entscheidungskontrolle ausgerichtet ist als die Berufung. Als Rechts- und Tatsacheninstanz liegt jener zwar auch zunächst das angefochtene Urteil zugrunde, aber durch Neuformung des Tatsachenstoffs, die Ermittlung des wahren Sachverhalts, kann sich das Berufungsgericht so sehr von den Grundlagen der Eingangsinstanz entfernen, daß eine unmittelbare Entscheidungskontrolle nicht mehr stattfindet.[79] Für das Revisionsgericht bleibt dagegen allein die Entscheidung des Vorderrichters Gegenstand der Überprüfung.[80]

Bei Anerkennung des jetzt umrissenen - für die Revision weiter auszufüllenden - Systems der Zwecke wird deutlich, daß der oft benutzten Wendung, die Kontrolle der Untergerichte sei ein zwar zu berücksichtigender, aber dem Rechtseinheitszweck in der Bedeutung nachgeordneter Zweck,[81] nicht gefolgt werden kann, weil die Funktionen der Revision nicht zutreffend erfaßt werden. Der Bezug zu dem geltenden Revisionsverfahren wird schließlich vollends aufgelöst, wenn der Kommissionsbericht 1961, S. 155, davon spricht, der Bundesgerichtshof könne sich nicht mit der Kontrolle der Untergerichte beschäftigen.

5.3.2. Die Kontrollfunktionen des Revisionsgerichts

Über die Art der Aufgaben, die mit dem Revisionsverfahren zu erfüllen sind, besteht weitgehende Einigkeit.[82]

Die zentrale Stellung des obersten Zivilgerichts verlangt, soweit erforderlich, die Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit,[83] soweit sie eine einheitliche Rechtsprechung und

---

79) Bruns, Rn. 273 b.
80) Sofern nicht der gerügte Verstoß gegen ein Verfahrensgesetz zu einem verfälschten Sachverhaltsbild in der Berufungsinstanz geführt hat - dann aber Aufhebung des Verfahrens und der Entscheidung.
81) So Rosenberg-Schwab bis zur 11. Aufl. (§ 135 II 2); BT-Dr 7/444, S. 18; Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 63; BT-Dr 7/3596, S. 34; Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 264.
82) Statt vieler Schwinge, S. 26 f.
83) Für heutige Erwägungen kommt dafür eine übergeordnete Justizbehörde, wie sie bei Adickes, S. 30, erwähnt wird, nicht mehr in Frage. Es sei aber immerhin an die Tätigkeit der preußischen Gesetzeskommission erinnert, der diese Aufgaben übertragen waren; vgl. dazu Schwinge, S. 8.

die richterliche Weiterbildung des Rechts betreffen, da von dem Bundesgerichtshof der größte Überblick über das Recht und ein weitreichender Einfluß auf die nachgeordneten Gerichte erwartet werden kann. Welche Bedeutung dem Wirken des Revisionsgerichts auf diesem Gebiete zukommt und was im einzelnen seine Ziele sein müssen, soll erst dann vertieft werden, wenn die Ausgestaltung des Verfahrens und im besonderen der Zugang zur dritten Instanz untersucht worden ist.[84] Hier ist nur festzuhalten, daß Inhalt der Kontrolle die lenkende Beobachtung der gesamten Rechtsentwicklung ist, die durch die herausragende Stellung des Bundesgerichtshofes ein besonderes Gewicht erhält. Nur dieser letzte Gesichtspunkt wird es zulassen, von einem Sonderzweck zu sprechen, da im übrigen auch die anderen Gerichte in dem ihnen möglichen Rahmen ihren Beitrag zur Rechtseinheit und Rechtsfortbildung leisten.[85]

Der für die Vorinstanzen bestimmende Prozeßzweck, die Verwirklichung der Gerechtigkeit als Ausprägung der Rechtsstaatsgarantie[86] oder aber doch wenigstens die Herbeiführung einer prozeßordnungsmäßig richtigen Entscheidung,[87] behält seine Bedeutung für das Revisionsverfahren, wenn auch abgestimmt auf den Umfang der letztinstanzlichen Kontrolle, die durch den Wegfall nochmaliger Tatsachenprüfung und Beschränkungen in der Überprüfung von Verfahrensfehlern[88] gekennzeichnet ist. In diesem Rahmen dient die Revision weiter den Interessen der Parteien an einer Entscheidung des Einzelfalles, da die Ausgestaltung des Verfahrens auf dieses Kontrollmoment in gleicher Weise abhebt wie die Berufungsinstanz: Die Initiative liegt ausschließlich bei den Parteien, zur Anrufung des Bundesgerichtshofes bedarf es einer Beschwer des Rechtsmittelführers, damit zusammenhängend gilt das Verbot der reformatio in peius,[89] und schließlich hängt das Obsiegen davon ab, ob die - wie auch immer

---

84) Dazu der Dritte Teil der Arbeit (Abschnitte 13.-18.); vgl. für die Rechtseinheit auch 9.2.3.
85) Duske, S. 67; Esser, JZ 1962, 516.
86) So Paulsen, BB 1955, 170 f.
87) Die allerdings bei - nicht auszuschließendem - unrichtigem Urteil zur bloßen Regelung herabsinkt; vgl. Bruns, Rn. 7.
88) Zu den besonderen Funktionen der Verfahrensrevision vgl. unten 11.1.
89) Dazu Bruns, Rn. 265 a.

ausfallende - Beurteilung der Rechtslage zu einer Änderung des angefochtenen Urteils nötigt.

Ausgangslage für die weitere Untersuchung ist somit die anerkannte, wenn auch im einzelnen unterschiedlich beurteilte Doppelgleisigkeit der revisionsgerichtlichen Kontrolle.

5.3.3. Das Verhältnis der Revisionszwecke (Kontrollfunktionen) zueinander

5.3.3.1. Kritik an der vorherrschenden Ansicht

Die Auseinandersetzung um die Zwecke der Revision wird bestimmt durch den Streit über ihr Verhältnis zueinander. Überwiegend wird heute angenommen, die Revision diene in erster Linie den Interessen der Allgemeinheit, während das Interesse der beteiligten Parteien an einem weiteren Rechtszug zur Herbeiführung einer gerechten Einzelfallentscheidung rangmäßig zurückzustehen habe.[90] Auf dieser Grundlage entstand auch die jüngste Novelle, deren Regelungen Gegenstand dieser Arbeit sind[91].

Aus der gültigen Gesetzesfassung läßt sich eine derartige Gewichtung nicht ersehen, - im Gegenteil - die Verfahrensvorschriften regeln nur den Weg zu der Entscheidung des konkreten Einzelfalls.

Man könnte allerdings darauf verfallen, die Art der Beschränkungen des Revisionszugangs mit in die Überlegungen einzubeziehen. Wenn man die Stellungnammen zu dem Problem der Verfahrensauswahl untersucht, fällt zumindest auf, daß diejenigen, die für einen Vorrang der allgemeinen Zwecke streiten [92],

---

90) So - neben Schwinge, 2. Aufl., S. 26 ff. - Wach, DJZ 1898, 5; Petersen, DJZ 1898, 7; Hamm, Gutachten, S. 46; O.Fischer, IherJb 38, 272 f; R. Fischer, BB 1954, 1006; Bettermann, NJW 1954, 1308; Adickes, S. 26; Duske, S. 64, 86 f, 133; Kommissionsbericht 1961, 155; Johannsen, DRiZ 1962, 1304; Henke, S. 262; Kissel, S. 87; Vogel, NJW 1975, 1297; Holtgrave, DB 1975, 1685; Rosenberg-Schwab, § 135 II 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, I a vor § 545. Siehe aus jüngster Zeit die Übersicht zu dem Meinungsstand bei Prütting, S. 86 f.

91) BT-Dr 7/444, S. 12; BT-Dr 7/3596, S. 3.

92) Siehe N. 90.

die Darstellung der Revisionszwecke eng mit der Erörterung der Zugangsbeschränkungen verbinden. Dieser Weg ist methodisch falsch. Die Art des Revisionszugangs kann aus sich heraus keinen Aufschluß über die Bedeutung der einzelnen Zwecke der Revision geben[93], nur umgekehrt können die erklärten Ziele des Rechtsmittels die Auswahl der revisionswürdigen Verfahren beeinflussen[94]. Es ist keineswegs selbstverständlich, daß die Momente Rechtseinheit und Rechtsfortbildung innerhalb des Verfahrens das gleiche Gewicht haben müßten wie bei der Verfahrensauswahl. Beide Fragen müssen vielmehr scharf getrennt werden[95]. Der innere Grund dafür ergibt sich aus der Überlegung, welche Funktion den Maßnahmen zukommt, die ein grundsätzlich den Rechtsuchenden offenstehendes Rechtsmittel beschränken. Die Auswahl bestimmter Fälle ist nicht mehr als eine Folge äußerer Gegebenheiten, d.h.in diesem Falle der Kapazitätsgrenze des Bundesgerichtshofes[96].
Wäre die Zahl derjenigen Streitigkeiten, um deren gerichtliche Klärung bis zur letzten Instanz nachgesucht wird, aus irgendwelchen Gründen so gering, daß es dem Bundesgerichtshof keine Schwierigkeiten bereiten würde, sich allen ohne große Zeitverzögerung gründlich zu widmen, wäre eine Beschränkung des Revisionszugangs nur schwerlich vorstellbar[97]. Die Art der Zugangsregelungen kann somit nicht weiterführen.

Beständiges Hauptargument für die These vom Vorrang der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung vor der Einzelfallgerechtigkeit ist ein Satz aus den Motiven zur Reichszivilprozeßordnung, von dem Pohle[98] sagt, daß er gelegentlich wie ein Dogma verwendet werde. In der allgemeinen Begründung heißt es, daß

---

93) So wäre es z.B. ein Fehlschluß, den allgemeinen Zwecken einen Vorrang einzuräumen, weil der Zugang mit Schwergewicht von dem Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung abhängig gemacht wird.
94) Dazu unten 5.3.4.
95) So auch Prütting, S. 93.
96) Ebenso Bruns, Rn. 274 d.
97) Daher mutet die Begründung des § 29 DVO zu Art. V der VO der brit.MilReg. etwas idealisierend an (siehe oben 3.3.1.).
98) Gutachten, S. 37.

"den Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen können, ... völlig genügt sein (dürfte), wenn der Staat den Prozeßparteien die Möglichkeit gewährt, ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte zu erwirken ..."[99]. Mit dieser Feststellung war die Behauptung geboren, die Parteien hätten keinen Anspruch auf eine dritte Instanz[100], oder umgekehrt, zur Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit reichten zwei Instanzen[101], so daß die Revision den allgemeinen Interessen vorbehalten bleiben könne. Diesem - in seiner Aussage irreführenden - Programmsatz kann nicht gefolgt werden.

Dazu sei Pohle[102] angeführt, der zeigt, daß diese Betrachtungsweise nicht weiterführe, da es kein Recht auf eine bestimmte Instanzenzahl gebe, sondern daß in einem Rechtsstaat der Rechtsschutz generell auf die bestmögliche Weise zu erfolgen habe[103]. Eine zusätzliche Instanz könne daher nur nach ihrer Zweckmäßigkeit bewertet werden[104]. Dazu gehört aber die Frage nach dem Maß der zu erreichenden Gerechtigkeit ebenso wie prozessuale Probleme, d.h. Kosten, Zeit und Belastung von Parteien und Staat[105].

Im übrigen ist es schon äußerst fraglich, inwieweit die Motive eines Gesetzes für dessen Verständnis beigezogen werden können, wenn sich die dort niedergelegten Vorstellungen der Exekutive in der endgültigen Gesetzesfassung nicht wiederfinden [106].

Eine in der dargelegten Weise geführte Argumentation kann daher kaum Bestand haben. Dieses nicht nur, weil ihre Basis nicht tragfähig ist, sondern schon deswegen, weil die Richtigkeit der Fragestellung bezweifelt werden muß.

---

99) Hahn, Materialien, Bd. II, S. 141.
100) Am schärfsten der Kommissionsbericht 1961, S. 155; auch H.Arndt, DRiZ 1962, 302.
101) Wach, DJZ 1898, 5; Adickes, S. 30; H.Arndt, DRiZ 1962, 302; Kissel, S. 87; Kullmann, ZRP 1972, 233; Jahn, DRiZ 1973, 183.
102) Gutachten, S. 37.
103) BVerfGE 11, 233.
104) Auch Redeker, Referat zum 44. DJT (1962), Verhandlungen, Bd. II, E 42, hält es für untragbar, die Gerichtsbarkeit aufzuspalten in Gerichte, die sich dem individuellen Einzelfall widmen und solche, die aus übergeordneten Zwecken tätig werden.
105) Richtig insoweit auch Duske, S. 60, 68.
106) So auch Möhring, JZ 1974, 371.

Die Frage nach einer Rangfolge kann sich nur dann stellen, wenn erwiesen ist, daß eine Erreichung aller ermittelten Revisionszwecke nicht möglich ist. Zusätzlich wäre festzustellen, wie der "Kollisionsfall" entstehen soll, bei dessen Vorliegen nach Schwinge[107] die Einzelfallentscheidung zurückzustehen habe.
Erst dann stellt sich das Problem einer Gewichtung der Revisionszwecke. Diese Vorfragen werden aber von der vorherrschenden Lehrmeinung nicht gestellt, geschweige denn beantwortet[108].

5.3.3.2. Ablehnung eines Rangverhältnisses

Die Verfahrensordnung[109] wie auch die Praxis[110] lassen keinen Zweifel zu, daß die oberstgerichtlichen Entscheidungen Einzelfallentscheidungen sind, die den beteiligten Parteien Gerechtigkeit gewähren sollen[111]. Es stellt sich daher die grundlegende Frage, in welcher Weise die Berücksichtigung der Parteiinteressen der Förderung der allgemeinen Zwecke hinderlich sein könnte. Ebenso ließe sich fragen, worin es sich ausdrücken könnte, daß die Individualentscheidung nur scheinbar beachtenswertes Verfahrensziel sei, während der Schwerpunkt eigentlich auf der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung ruhe.

Die Antwort liegt in der Grundlage aller über den Einzelfall hinausgreifenden Tätigkeit des Bundesgerichtshofes. Die Entwicklung eines weiterreichenden Grundsatzes kann nur einer richtigen Einzelfallentscheidung folgen, da sich der zu verallgemeinernde Rechtsgedanke in der Anwendung auf einen konkreten Einzelfall bewähren muß [112]. Der Weg zur Rechts-

---

107) S. 24.
108) Eine Erklärung dafür ist darin zu sehen, daß das eigentliche Verfahren zusammen mit dem Verfahrenszugang und den dort auftretenden Interessenkollisionen abgehandelt wird.
109) Das wird vor allem von Reuß, DÖV 1959, 10, betont.
110) So schon Adickes, S. 27: "Es ist ein natürliches Bestreben des Reichsgerichts, die materielle Gerechtigkeit möglichst ungehindert ... zu verwirklichen".
111) Dazu v.Stackelberg in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 295, 297.
112) Henke, S. 262; Bruns, Rn. 274 d; R.Fischer, DRiZ 1961, 154; Esser, JZ 1962, 515. - Die Fragen zur Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsgrundsatzes werden insbesondere unter 17. erörtert.

einheit führt somit über die korrekte Lösung einzelner Fälle[113], weil wahre Rechtseinheit das Ergebnis richterlicher Rechtsgewinnung ist; diese aber ist ein Reifungsprozeß, dessen Basis das Streben nach Fallgerechtigkeit bildet[114]. Das trifft gleichermaßen für die richterliche Rechtsfortbildung zu, auch sie kann nur durch viele Einzelfälle mit stets neuen Fragestellungen gedeihen[115].

Dem Gedanken der Rechtseinheit wäre es somit gar nicht zuträglich, dem verbreiteten Ruf nach Zurückdrängung der Einzelfallgerechtigkeit nachzugeben[116]. Es wird vielmehr deutlich, daß eine Auseinandersetzung um ein Rangverhältnis, gleich welcher Art, gar nicht weiterführen kann, da damit die gerade wesentliche gegenseitige Abbängigkeit übersehen wird. Soweit die Revisionsmöglichkeit reicht, gibt es keinen Widerstreit in den Zielen[117], da das Verfahren mit einer Einzelfallentscheidung als Ergebnis beiden Belangen entspricht[118]. Das natürliche Bemühen des Bundesgerichtshofes (wie des Reichsgerichts) um Individualgerechtigkeit ist somit seiner Funktion nicht abträglich, sondern dient gerade der wahren Natur seiner Rechtsfindungsaufgabe[119].

Die Kontrollaufgaben des Bundesgerichtshofes verschmelzen damit zu einer Einheit. Dennoch kann den Problemen der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung besonderer Raum gegeben werden, solange sich ihre Behandlung an einem konkreten Fall orientiert. Der Rechtsstreit soll also durchaus im Rahmen gleichgelagerter Fälle beurteilt und die allgemeine Anwendung der Entscheidung erwogen werden. Aber es müssen über den Fall hinausgreifende rechtstheoretische Erwägungen

---

113) Jagusch, NJW 1963, 1. Bei unrichtiger Entscheidung muß eine Rechtseinheit dagegen Wunschbild bleiben.
114) In diesem Sinne Baur, ZZP 71, 170; Paulus, ZZP 71, 220 f; Esser, JZ 1962, 514; Schlüter, AnwBl 1963, 229.
115) Holste, AnwBl 1958, 5; Möhring, JZ 1972, 276.
116) Damit erübrigt sich auch die Frage nach der Art der "Kollisionslage".
117) Richard Schmidt, S. 797; Bruns, Rn. 274 d.
118) Baur, ZZP 71, 161; Pohle, Gutachten, S. 41.
119) Esser, JZ 1962, 517; dagegen - für das Reichsgericht - Adickes, S. 29.

vermieden werden, da nicht die durch Verallgemeinerungen und Untersuchung von Fallvarianten gebildeten obiter dicta der Rechtsanwendung dienen, sondern nur die ratio decidendi - allein sie führt zu einem aus voller Anschauung geschöpften Recht[120].

Die doppelte Abhängigkeit erübrigt auch die weitere Feststellung einer theoretischen Vorrangstellung[121] innerhalb der Revisionszwecke, d.h. ob die Einzelfallentscheidung nur unverzichtbares Mittel für die Wahrung der Rechtseinheit sei[122] oder ob der Gewinn für die allgemeinen Interessen nur erwünschtes Nebenprodukt bei der Verfolgung der eigentlichen Aufgabe sei, der Parteiengerechtigkeit durch eine letztinstanzliche Kontrolle Genüge zu tun[123].

5.3.4. Die Frage eines Rangverhältnisses bei der Verfahrensauswahl

Unter 5.3.3.1. ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Kontrollfunktionen den Revisionszugang beeinflussen können[124]. Für das geltende Recht ergibt sich folgende Lage:

Das Revisionsverfahren soll - wie oben dargestellt - unter dem Oberbegriff der Kontrolle der Vorinstanzen gleichermaßen den Allgemein- wie den Parteiinteressen gerecht werden. Der praktische Unterschied beider Anliegen besteht darin, daß der Gewinn für die Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung aufgrund der rechtlichen Problematik der einzelnen Fälle sehr verschieden sein kann, während der Gewinn für die Einzelfallgerechtigkeit als Ideal bei einer richtigen Entscheidung in jedem Fall gleich ist, mag die daran anknüpfende wirtschaftliche oder soziale Bedeutung auch noch so viele Abstufungen zulassen. Dieser Gesichtspunkt kommt beim Revisions-

120) Darauf weisen insbesondere R.Fischer, DRiZ 1961, 155, und Bruns, Rn. 274 d, hin.
121) Ebenso für eine gleichrangige Beachtung Prütting, S. 89, 94; auch Paulus, ZZP 71, 213.
122) So wohl R.Fischer, DRiZ 1961, 154; Esser, JZ 1962, 514; Henke, S. 211; Vogel, NJW 1975, 1298.
123) Dafür insbesondere Reuß, DÖV 1959, 1o f; auch Gilles, S. 79 f; Redeker, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E.41; Möhring, NJW 1962, 5; Jagusch, NJW 1963, 2; Schlüter, AnwBl 1963, 229.
124) Es sei denn, man überließe die Auswahl allein Zufallsgesichtspunkten (etwa einem Losverfahren).

zugang zum Tragen. Wenn hier dem Rechtseinheitsgedanken durch das Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung der Vorrang gegeben werden soll, dann deshalb, weil die aus Kapazitätsgründen beschränkte Kontrollmöglichkeit des Revisionsgerichts wenigstens in diesen Fällen beiden Zielen gerecht werden soll[125]. Soweit das überwiegende Zugangskriterium in Frage steht, wird das Parteiinteresse also tatsächlich durch die Aussonderung begrenzt [126].

Damit wird hinsichtlich der Verfahrensauswahl einem Rangverhältnis zugestimmt. Die für den Revisionszugang zutreffende Gewichtung läßt sich aber nicht auf den eröffneten dritten Rechtszug übertragen. Die eigentliche revisionsgerichtliche Tätigkeit, die erst einsetzt, wenn die Möglichkeit der Gewährung des dritten Rechtszuges feststeht, ist von dem vorgelagerten Verfahrensabschnitt zu unterscheiden, dessen Ziel die Feststellung der Revisibilität ist[127].

5.3.5. Ergebnis

Die in der theoretischen Darstellung mögliche Trennbarkeit der Zwecke[128], die in der vorbereitenden Maßnahme der Verfahrensauswahl von praktischer Relevanz ist, verliert im eigentlichen Revisionsverfahren ihre Bedeutung, da es zu einer notwendigen Verschmelzung in der Verfolgung der unterschiedlichen Belange kommt.

Die 1975 veränderten Zugangsgründe müssen somit daraufhin untersucht werden, ob bei ihrer Anwendung dem Bundesgerichtshof tatsächlich solche Streitigkeiten zugeführt werden, die aufgrund ihres Gegenstandes wie auch ihrer Zahl nach geeignet sind, durch ihre Entscheidung neben den Parteiinteressen, deren Berücksichtigung sich gar nicht ausschließen läßt, der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung zu dienen.

---

125) So auch Prütting, S. 91.
126) Stein-Jonas-Grunsky, I 2 vor § 545; Baur, ZZP 71, 175, 178; Esser, JZ 1962, 513; Paulus, ZZP 71, 196; auch Arnold, JR 1975, 488.
127) Anders Schwinge, S. 33 und 27 m.w.N.; ebenso Duske, S. 71.
128) Nach dem übergeordneten Rechtsmittelzweck als Kontrollfunktionen dargestellt.

6. Verhältnis der Reformanlässe zueinander

Es ist eingangs festgestellt worden, daß die Novelle von 1975 von zwei Zielen getragen war:

(1) es sollte eine nachhaltige Entlastung des Bundesgerichtshofes erreicht werden;
(2) in Zusammenhang damit sollte ein Auswahlverfahren geschaffen werden, durch das in stärkerem Maße als bisher den Zwecken der Revision Rechnung getragen wird.

Der historische Abriß hat gezeigt, daß sich alle Änderungen und Reformen des Revisionsrechts mehr oder minder mit den Fragen der Entlastung auseinandersetzen mußten. Auch für die jüngsten Maßnahmen war die begrenzte Kapazität des Bundesgerichtshofes der eigentliche Anlaß, auch wenn die Diskussion um die Revisionszwecke im Vordergrund stand und den Mittelpunkt des Interesses bildete.
Das Ziel, die Überbeanspruchung des Revisionsgerichts in Zukunft zu verhindern, setzt den äußeren Rahmen für alle weiteren Bemühungen, zugleich die Aufgabenerfüllung - die Kontrolle in ihren verschiedenen Ausprägungen - zu verbessern. Umgekehrt besteht eine innere Abhängigkeit von den Zwecken, die mit dem Revisionsverfahren verfolgt werden sollen, da diese zunächst die Art der Maßnahmen bestimmen und im weiteren auch allen Eingriffen, den Verfahrenszufluß zu verringern, eine untere Grenze setzen, bei deren Überschreiten der Bundesgerichtshof seinen Aufgaben nicht mehr gerecht werden kann[1].

Welcher Art die Ziele der Revision sind, ist unbestritten, so daß die Grundlagen der Gesetzgebung insofern mit der bis hier vorgetriebenen Untersuchung übereinstimmen. Unterschiede haben sich hingegen in der Frage ergeben, welches Gewicht den einzelnen Revisionszwecken im Verhältnis zueinander zuzumessen ist, da in den Gesetzesmaterialien über-

1) Möhring, JZ 1974, 370.

wiegend der hier abgelehnten Auffassung gefolgt wurde, den allgemeinen Interessen komme eine größere Bedeutung zu. Die Verfahrensausgestaltung selbst ist davon aber nicht beeinflußt worden, da die Revision nach wie vor auf eine konkrete Einzelfallentscheidung ausgerichtet ist. Folgen des verfehlten Ansatzpunktes können sich aber dort zeigen, wo es um die Stellung der Parteien im allgemeinen geht. Dem muß insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit sowohl im Rahmen der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung als auch bei der Ermessensannahme des § 554 b nachgegangen werden. Für die Ermessensannahme wird vor allem der Aspekt bedeutsam sein, inwieweit Beeinträchtigungen der Rechtsmittelklarheit zugunsten der Steuerung des Geschäftsanfalls in Kauf genommen werden können.

Innerhalb der Zugangsbeschränkungen selbst ist es zutreffend, daß für die beabsichtigte Wahrnehmung der Kontrollfunktionen eine besondere Berücksichtigung der über den Einzelfall herausragenden Fragen zumindest denkmöglich ist. Ob jedoch mit der Konzentrierung auf das Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache der richtige Weg eingeschlagen worden ist, muß im folgenden erst geprüft werden.

ZWEITER TEIL

DER ZUGANG ZUR REVISION IM WEGE DER ANNAHME DURCH DEN BUNDESGERICHTSHOF

7. Einführung

Die Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision hat fast ausschließlich eine Veränderung des Zugangs zur dritten Instanz zur Folge gehabt, während sie den Verfahrensablauf unberührt ließ[1]. Kernstück der Gesetzgebung ist die Schaffung des § 554 b[2], durch den die Annahme derjenigen Revisionen, die zwar ohne besondere Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft, jedoch - nach Meinung des Senats - nicht von grundsätzlicher Bedeutung sind, in sein Ermessen gestellt sind. Das Erfordernis eines besonderen Annahmeverfahrens bedeutet zunächst nur eine Modifikation der bis 1975 üblichen Scheidung der zulassungsbedürftigen von den zulassungsfreien Rechtsstreitigkeiten; die Reichweite der Zulassungskompetenz der Oberlandesgerichte richtet sich wie bisher nach einer bestimmten Summe, auch wenn sich die Art der Berechnung geändert hat[3].

---

1) Vgl. aber unten Abschnitt 17. "Gefahren einer Grundsatzrechtsprechung", wo auf die Auswirkungen der Zugangsbeschränkungen eingegangen wird.

2) Bei gleichzeitiger Neufassung des § 546 und der erforderlichen Abstimmung anderer Vorschriften (z.B. §§ 554 III Nr. 2, 555 I, 556 a I, III).

3) Galt bisher auch für die Revision der Satz, daß für die Wertberechnung bei der Zulässigkeit von Rechtsmitteln der Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung maßgeblich sei (RGZ 168, 355; BGHZ 1, 29), d.h. der Wert des Beschwerdegegenstandes bei Einlegung des Rechtsmittels durch das angerufene Gericht ermittelt werden mußte, so ist nunmehr für die Frage der Zulassung allein der Wert der Beschwer von Bedeutung, wie er sich aus dem rechtskräftigen Inhalt des Berufungsurteils darstellt. Vgl. dazu im einzelnen Sten.Prot.d. Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 65; BT-Dr 7/3596, S.5; Vogel, NJW 1975, 1301; Arnold, JR 1975, 489; Holtgrave, DB 1975, 1686. - Terminologisch ist es daher nicht mehr gerechtfertigt, auch im Zusammenhang mit der Neuregelung von "Streitwertrevision" zu sprechen, so noch Baur, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Rz. 221; ebenso Bausewein, JZ 1978, 53.

Die Tragweite der dem Bundesgerichtshof an die Hand gegebenen zusätzlichen Beschränkungsmöglichkeiten eröffnet sich jedoch, wenn die Annahmerevision nicht isoliert, sondern als Teil einer umfassenden Zugangsregelung betrachtet wird. Es zeigt sich, daß das Gesetz vom 8.7.1975 mehr enthält als eine nur verfahrenstechnische Erweiterung der Zugangsbeschränkungen. Die Ergänzung der bisher neben der Streitwertrevision möglichen Zulassungsrevision durch die in ihrer Struktur vergleichbare Annahmerevision hat zu der Errichtung eines einheitlichen Grundprinzips innerhalb des Revisionsrechts geführt, nämlich der Abhängigkeit des Revisionszugangs von einer richterlichen Entscheidung. Die bisherige Möglichkeit für den Rechtsuchenden, in einem bestimmten Bereich den Bundesgerichtshof ohne eine besondere "Eingangskontrolle" anrufen zu können, ist damit beseitigt.

Der zweite Gesichtspunkt, der der Neuregelung besonderes Gewicht verleiht, ist die Konzentrierung der Zugangskriterien auf den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung. Seine Konkretisierung erwächst zu einem zentralen Problem, da sowohl das Berufungsgericht bei Vorliegen von grundsätzlicher Bedeutung zulassen muß als auch der Bundesgerichtshof dann die Annahme nicht verweigern darf. Bisher spielte die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nur in dem Kompetenzrahmen der Oberlandesgerichte eine Rolle, d.h. nur in einem - rein zahlenmäßig - untergeordneten Bereich[4)], zudem dadurch abgeschwächt, daß gemäß § 546 II a.F. auch bei erwiesener grundsätzlicher Bedeutung die Zulassung noch im Ermessen des Berufungsgerichts stand.

Das Revisionsrecht hat somit eine einschneidende und grundlegende Änderung erfahren. Die folgenden Abschnitte dienen daher vor allem der Erörterung der Fragen, die den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung ansich und seinen Anwendungsbereich betreffen, ohne daß aber schon näher auf seine Effizienz hinsichtlich der Revisionsaufgaben eingegangen wird.

---

4) Siehe oben 1, N. 8.

8. Abschaffung der Streitwertrevision

Bis zum Inkrafttreten der Novelle von 1975 gelangte der größere Teil der Revisionen nach den Grundsätzen der Streitwertrevision zum Bundesgerichtshof. Dieses - die Zugangsregelungen bisher beherrschende - Prinzip ist durch die Zulassungsrevision[1] in der besonderen Form der Annahmerevision[1] verdrängt worden.

Von den jetzigen Auswahlkriterien heben sich die Charakteristika der Streitwertrevision scharf ab: Hervorstechendes Merkmal ist die Gewährung eines bestimmten Bereichs, innerhalb dessen der Zugang zum Bundesgerichtshof unabhängig von einer gerichtlichen Zustimmung möglich ist; damit verbunden die Klarheit und Eindeutigkeit (bei gleichzeitig unbegrenzter Variabilität[2]) der Abgrenzung, d.h. die unzweifelhafte Bestimmbarkeit der Revisibilität.

Diese, nicht zuletzt durch ihre Einfachheit bestechende Konstruktion ist - vor allem nach dem Kriege, als ihr die Zulassungsrevision zur Seite gestellt worden war - Gegenstand zum Teil massiver Kritik geworden.

---

1) Für die ZPO hat sich die begriffliche Unterscheidung von Zulassungs- und Annahmerevision unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsverteilung eingeprägt. Die Terminologie soll dem Gesetzeswortlaut entsprechend aus Verständnisgründen beibehalten werden, obwohl es sich auch bei der Annahme durch den BGH letztlich um eine Zulassungsrevision handelt im Gegensatz zu der früheren freien Wertrevision. Es wäre daher ebenso zulässig, von einer Zulassung durch den iudex ad quem zu sprechen - so z.B. der Kommissionsbericht 1961, S. 157 f., in dem sich eine Minderheit für eine solche Zuständigkeitsverteilung aussprach. Auch bei den Beratungen zu dem Entlastungsgesetz 1969 wurde die Zulassung durch den iudex ad quem erwogen (siehe Sten. Prot.d.Rechtsausschusses, 5. Wahlp., 97. Sitzung, S. 5; 107. Sitzung, S. 7; 113. Sitzung, S. 8 f). - Es ist allerdings verbreitet, dennoch nur dann von einer Zulassung zu sprechen, wenn diese von der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache abhängt: z.B. Prütting, S. 53, 271; Bender, DRiZ 1973, 378. Eine solche begriffliche Einschränkung ist aber bedenklich, da die Voraussetzungen der richterlichen Zugangseröffnung noch nicht genügend gefestigt sind.

2) So auch Paulus, der den Verlust des elastischen Moments beklagt, ZZP 71, 216.

8.1. Der Vorwurf der Sozialwidrigkeit

8.1.1. Inhalt der Kritik

Vielfach angeführter Angriffspunkt der Streitwertrevision war die Abhängigkeit der Revisibilität vom Erreichen eines bestimmten Wertes des Beschwerdegegenstandes. Die Intensitätsgrade der Kritik sind vielfältig und reichen von vorsichtigen Zweifeln an der Methode[3] bis zum Vorwurf "kapitalistischer Einseitigkeit"[4], da die Gewährung des Rechtsschutzes in so starker Abhängigkeit von Geldfragen den modernen Anschauungen des sozialen Rechtsstaates widerspreche[5] und die Maximen der sozialen Gerechtigkeit bei weiterer - wohl unvermeidbarer - Erhöhung der Wertgrenzen in Gefahr stünden[6].

8.1.2. Versuche der Entgegnung im Schrifttum

Die einseitige Argumentation mit Verfassungsprinzipien ist von den Verteidigern der Streitwertrevision verworfen worden, weil die tatsächliche Problematik damit überdeckt[7] und eine sachliche Abwägung verhindert würde[8].

---

3) Z.B. Grunsky, ZZP 84, 147, der von den "etwas anrüchigen" Entlastungsversuchen spricht; Johannsen, DRiZ 1962, 302, gibt die ungleiche Wirkung auf die soziale Schichtung bei weiterer Erhöhung zu bedenken.

4) Arnold, JR 1975, 486; ebenfalls erwähnt bei Möhring, JZ 1974, 369. Vgl. auch Grussendorf, NJW 1960, 11.

5) Hamm, Gutachten, S. 44 ("antisoziale Institution"); R. Fischer, BB 1954, 1006; Kommissionsbericht 1961, S. 153; H.Arndt, DRiZ 1962, 202. Paulus, ZZP 71,218,begegnet dem Vorwurf der Sozialwidrigkeit damit, daß er wohl bei einem Streitwert von 6.000 DM Konflikte unter sozialen Gesichtspunkten für denkbar halte, daß aber eine summa gravaminis von 30.000 DM und mehr solchen Erwägungen schon entzogen sei, weil sie nicht mehr einen willkürlichen Schnitt durch das soziale Gefüge darstelle.

6) Heusinger, ZZP 76, 321; Riegert, ZZP 84, 328.

7) Vgl. die kritischen Anmerkungen von Möhring, JZ 1974, 369.

8) Es ist hier Pohle, Gutachten, S. 58, recht zu geben, wenn er sagt, daß das Abgehen von der bewährten Wertgrenze allein wegen des "unangenehmen sozialen Beigeschmacks" bedenklich sei, zumal man sich darüber im klaren sein müsse, daß sich sozialstaatliche Prinzipien nur selten voll verwirklichen lassen. - Gegen den Vorwurf der Sozialwidrigkeit schon Mitglieder des Reichstages, die den Gegnern der Streitwertrevision eine "Witwen- und Waisenperspektive" vorgeworfen haben (Hahn, Materialien, Bd. 8, S. 494 f); die Streitwertrevision sei gerade deswegen sozial, weil Beteiligte kleinerer Verfahren Nutzen aus den Großverfahren, insbesondere aus der Wirkung der veröffentlichten Revisionsurteile, zögen. Vgl. auch Möhring, NJW 1949, 3; Pritsch, NJW 1949, 403; Pohle, Gutachten, S. 58; H.Arndt, AnwBl 1963, 220; Schlüter, AnwBl 1963, 229.

Den Verfechtern der uneingeschränkten Erfüllung sozialstaatlicher Forderungen wird entgegengehalten, daß der Umfang des Rechtsschutzes durch die Streitwertrevision mit der Bedeutung des zu behandelnden Gegenstandes in Beziehung gesetzt werde. Bei Esser[9] wird die summenabhängige Revisionswürdigkeit damit begründet, daß das kleinere Objekt nur kleinere Aufwendungen rechtfertige. Bei neutralem Verständnis dieses Satzes, d.h. ohne seinen hier implizierten wirtschaftlichen Bezug, läßt sich die Aussage auch ohne weiteres zur Rechtfertigung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung verwenden, da Zulassungs- und Annahmerevision ebenfalls eine Bewertung voraussetzen, wenn auch nach gänzlich anderen Kriterien. Der Hinweis auf eine rangmäßige Unterscheidung der Streitfälle kennzeichnet daher noch nicht die Eigentümlichkeit der Streitwertrevision; dieses Prinzip ist vielmehr jeder nicht zufallsabhängigen Zugangsbeschränkung eigen. So wenden sich die Gegner der Streitwertrevision auch nicht gegen die Bewertung an sich, sondern gegen das - wenn auch nur indirekt - personenbezogene Moment.

Bedenklich erscheint, ob man heute noch von einer Rentabilitätsgrenze für den gerichtlichen Aufwand sprechen kann[10], welche allein an dem wirtschaftlichen Wert zu messen sei[11]. Der Begriff der Rentabilitätsgrenze findet sicher seine Berechtigung im Rahmen des § 511 a, der Bagatellfälle von der Berufung ausnimmt[12], oder auch hinsichtlich der Scheidung der landgerichtlichen von der amtsgerichtlichen Zuständigkeit (§ 23 Ziff. 1 GVG)[13]. Bei der bis 1964 geltenden Wertgrenze von 6.000 DM ließ er sich auch noch für den Revisionszugang vertreten[14], auch wenn man eine grundsätzliche Abneigung gegen eine "Kosten - Nutzen - Rechnung" in einer reinen

---

9) JZ 1962, 516.
10) So Pohle in seinem Gutachten 1962 (S. 55, 59).
11) Ob das wirtschaftliche Gewicht einer Streitigkeit für die Intensität des Rechtsschutzes eine eigenständige Bedeutung hat, ist auch für die Konkretisierung des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung von Interesse; vgl. unten 9.1.2.
12) Werte bis zu 500 DM.
13) Streitigkeiten bis zu 3.000 DM. Es sollte auch nicht übersehen werden, daß mit der Zuweisung zum Amtsgericht gleichzeitig regelmäßig die dritte Instanz versagt wird (§ 545); dazu Möhring, NJW 1949, 3.
14) Pritsch, NJW 1949, 403, spricht von einer vernünftigen rechtspolitischen und wirtschaftlichen Erwägung.

Rechtsinstanz empfinden wird. Die zuletzt üblichen und die eventuell künftig erforderlichen Wertgrenzen haben aber keinesfalls die Frage der Rentabilität zum Richtmaß, die Festsetzung der jeweils erforderlichen Summe kann nur noch der Kapazitätsgrenze Genüge tun. Belastbarkeit und Rentabilität im Sinne der oben angegebenen Normen ist aber zweierlei, ihre Gleichsetzung wäre eine realitätsfremde Beschönigung des Zwiespalts, dem der Bundesgerichtshof ausgesetzt ist, nämlich daß mehr überprüfenswerte Streitigkeiten an ihn herangetragen werden als er verkraften kann[15].
Mit dem Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit der Mittel wird sich die Streitwertrevision heute nicht mehr begründen lassen.

8.1.3. Die Berücksichtigung des jeweils ausgeschlossenen Personenkreises

Es stellt sich hier die grundsätzliche Frage, welchen Stellenwert das Argument von der mangelnden Chancengleichheit einnimmt[16]. Es ist mittlerweile mehrfach deutlich geworden, daß aus Gründen der Entlastung jede Regelung eine Beschränkung enthält, durch die einem bestimmten Teil der Rechtsmittelkläger der Zugang zum Revisionsgericht verwehrt wird und die daher immer unter irgendeinem Gesichtspunkt angreifbar sein wird. Für den Rechtsuchenden ist eine Ablehnung gleichermaßen unbefriedigend, sei es nun, daß es sich um eine wertmäßig nicht genügend gewichtige Streitigkeit handelt, oder sei es, daß der Ausschluß mit dem Mangel an grundsätzlicher Bedeutung begründet wird.

Ebenso lassen sich - allein aus der Sicht der Parteien - für beide Auswahlverfahren Argumente finden. So wird beim Revisionszugang aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der oft beschworene Gegensatz zwischen Arm und Reich[17] aufgehoben; dafür beruht die Möglichkeit der Revision auf der von dem Rechtsmittelanliegen des einzelnen unabhängigen Zufälligkeit der Grundsätzlichkeit.

---

15) In diesem Sinne betonte auch der Regierungsentwurf, daß der Boden der ansonsten zu befürwortenden Verhältnismäßigkeit verlassen sei - BT-Dr 7/444, S. 16.
16) Die Chancengleichheit wird besonders in BT-Dr 7/3596, S. 4 hervorgehoben.
17) Dazu Pohle, Gutachten, S. 58.

Bei der Streitwertrevision wiederum kommt dem Wert des Beschwerdegegenstandes zumindest eine gewisse Indizfunktion dafür zu, welches Gewicht die Lösung des Streitfalls für die Parteien hat, während die Frage der grundsätzlichen Bedeutung dafür gar nichts hergibt.

Die Reihe ließe sich fortsetzen, doch kann diese Art der Argumentation weder die eine noch die andere Version tragen[18]. Eine derartig angelegte Gegenüberstellung muß ergebnislos bleiben, da mit einer Abwägung der Interessen der einzelnen Rechtsgenossen im Zusammenhang mit den Zugangsbeschränkungen nichts erreicht wird: Den von der dritten Instanz Ausgeschlossenen berührt nur der Umstand des verwehrten weiteren Rechtszuges, nicht aber die verfahrensrechtliche Begründung, warum gerade seine beabsichtigte Revisionsklage nicht statthaft sei.

8.2. Die sachbezogene Auswahl der Streitigkeiten als Ansatzpunkt der Reform

Als fruchtbarer erweist sich die Frage danach, welche Streitigkeiten zum Bundesgerichtshof gelangen sollen und welche nicht[19]. Hier hat auch die Reform angesetzt. Zu finden ist die Lösung des Problems, nach welchen Gesichtspunkten die Verfahren sachlich auszuwählen sind, um mit der individuellen Einzelfallentscheidung im Parteiinteresse gleichzeitig möglichst hohen Gewinn für die Vereinheitlichung und die Fortbildung des Rechts zu erzielen.

Die Streitwertrevision überläßt es dem Zufall, ob eine Rechtssache über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist. Darauf

---

18) Siehe dazu Bender, DRiZ 1973, 377. Johannsen, DRiZ 1962, 302, hielt dagegen die Verstärkung der "unsozialen Verhältnisse" für weniger erträglich als die völlige Neugestaltung der Revision, von der alle gleichmäßig betroffen werden.

19) In der gegen die Streitwertrevision gerichteten Argumentation ist der Gesichtspunkt, daß manche Rechtsgebiete wegen der regelmäßig zu niedrigen Streitwerte dem Bundesgerichtshof vorenthalten bleiben, sofern nicht die Zulassungsrevision alter Form dem im Einzelfall entgegenwirkte, merkwürdigerweise nur selten angeführt worden; Ansätze bei Duske, S. 94; Heusinger, ZZP 76, 326.

gründeten sich Bedenken hinsichtlich der Brauchbarkeit als Auswahlprinzip, die vielfach geltend gemacht worden sind[20] und auch für den Gesetzgeber im Vordergrund der Überlegungen standen[21].

Richtig ist, daß eine bestimmte Summe kein Indiz dafür ist, daß eine Entscheidung auch einem weiterreichenden Allgemeininteresse in besonderem Maße zugute kommt[22]. Daran anknüpfend ist die Streitwertrevision als ungeeignetes Auslesemittel bezeichnet worden, weil sie die Revision ohne Berücksichtigung sachbezogener Kriterien begrenze und zusätzlich zu einem ständigen Hochtreiben der Wertgrenze zwinge[23].

Einer darauf begründeten Verwerfung des Summenprinzips ist aber nur dann zuzustimmen, wenn die bisherige Regelung, einen bestimmten Bereich ohne richterliche Eingangskontrolle zu belassen, für die Verfolgung der Allgemeininteressen tatsächlich unzuträglicher ist als die jetzt praktizierte allumfassende Entscheidungskompetenz der Gerichte. Eine endgültige Wertung kann sich aber erst an die Untersuchung der Fragen anschließen, die die Probleme der Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung sowie die Auswirkungen der ausschließlich gerichtlichen Zulassung auf die Rechtsprechung zum Gegenstand haben.

---

20) Kommissionsbericht 1961, S. 154; H.Arndt, DRiZ 1962, 202; Holtgrave, DB 1975, 1685; Prütting, S. 68.

21) BT-Dr 7/444, S. 16; Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 4, 35; Verhandlungen des Bundestages, Sten. Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.003.

22) Möhring, NJW 1949, 3, meinte allerdings, wirtschaftlich bedeutende Fälle gäben genügend Stoff für Grundsatzentscheidungen. Vgl. dazu die Äußerung von Heusinger auf dem 44. DJT (1962) (Verhandlungen,Bd.II, E 80): "Es ist mir vor einiger Zeit amtlich die Frage vorgelegt worden, inwieweit hohe Streitwerte in besonders auffälligem Maße rechtsgrundsätzliche Fragen enthielten. Ich habe diese Frage nicht beantworten können, weil ich vermute, daß diese Frage sich gar nicht so beantworten läßt, wie sie gestellt ist, und zwar deshalb, weil, wenn der Streitwert hoch ist, der Eifer, tief zu bohren, gesteigert ist. Aus einem trivialen Sachverhalt, der ein Millionenobjekt darstellt, wird man bei entsprechenden Tiefbohrungen vielleicht auch Grundsatzfragen herausbringen, während der kleine Amtsgerichtsfall oft an der Oberfläche schon schwierigere Rechtsprobleme enthält, ...".

23) Grunsky, ZZP 84, 147; Vogel, NJW 1975, 1297; Prütting, S. 72. Vollkommen übersehen wird dabei aber, daß der Grund für die Wertgrenzenerhöhung zu großen Teilen in der Verminderung der Kaufkraft des Geldes liegt, die mit der eigentlichen Veränderung des Geschäftsanfalls nichts zu tun hat; dazu Schlüter, AnwBl 1963, 225.

8.3. Vorläufiges Ergebnis

Ob die Streitwertrevision zurecht abgeschafft worden ist, muß hier somit noch offen bleiben. Ihrem zumindest nicht unbedenklichen Nachteil, zwar auf eine Eingangskontrolle verzichten zu können, dafür aber die Revision nur in einem bestimmten Wertbereich zu erlauben, müssen im Fortgang der Untersuchung zunächst die Schwächen der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gegenübergestellt werden.

Auf die Frage der Chancengleichheit - das bei der Streitwertrevision bemängelte Fehlen sozialer Gerechtigkeit - wird nicht mehr weiter einzugehen sein. Sie hat für die Reform nicht die tragende Rolle gespielt, die ihr zum Teil zugedacht worden ist. Der Gesetzgeber hat sich von diesen Vorstellungen am wenigsten leiten lassen, wie sowohl der frühere Regierungsentwurf als auch die Gesetz‚gewordene Fassung des Rechtsausschusses zeigen: Die Nichtzulassungsbeschwerde des Regierungsentwurfs sollte in den ersten zwölf Jahren nach ihrer Einführung von einem Beschwerdewert von mehr als 15.000 DM abhängig sein[24], und auch die Kombination von Zulassungs- und Annahmerevision zeigt unter diesem Blickwinkel keine Veränderung zu dem bisherigen Rechtszustand[25]. Im Gegenteil, der Raum für die Revisionen, die nicht der Zulassung durch das Berufungsgericht unterliegen, hat sich in doppelter Hinsicht verengt. Die in Streit stehende Revisionssumme ist weiter erhöht worden und zusätzlich sind die wertmäßig übersteigenden Streitigkeiten einer richterlichen Eingangskontrolle ausgesetzt. Das Grundprinzip der Summenrevision ist damit zum Teil, wenn auch nur in verdeckter Form, erhalten geblieben, während der Gesichtspunkt der Sozialwidrigkeit in keiner Weise berücksichtigt worden ist[26].

Im Folgenden steht daher allein im Vordergrund die Frage nach der Auswahl der revisionswürdigen Verfahren.

---

24) BT-Dr 7/444, S. 21.
25) So auch Lässig, NJW 1976, 270 f. Vgl. schon Pohle, Gutachten, S. 59.
26) So bemerkt auch Arnold, JR 1975, 489 N. 31, der zuvor die "kapitalistische Einseitigkeit" der Streitwertrevision rügt, daß mit Einführung der Annahmerevision aus dieser Sicht weiter Anlaß zur Kritik bestünde.

9. Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache

Für die Entscheidung über die Eröffnung der Revision ist den jeweils zuständigen Richtern nichts weiter an die Hand gegeben als der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, bei deren Vorliegen sie zur Zulassung bzw. Annahme verpflichtet sind (§§ 546 I, 2 Nr. 1, 554 b I). Nur das Berufungsgericht hat noch zusätzlich Divergenzfälle zu berücksichtigen (§ 546 I, 2 Nr. 2)[1] - dem Bundesgerichtshof ist es lediglich freigestellt, nach seinem Ermessen auch andere Streitigkeiten zu überprüfen[2].

9.1. Die grundsätzliche Bedeutung als Revisionsgrund

9.1.1. Die bisherige Konkretisierung des Begriffs

9.1.1.1. Einführung in die Problematik

Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ist nunmehr der Schlüsselbegriff des Revisionszugangs. Der Untersuchung seiner Brauchbarkeit ist für die Beurteilung des neuen Revisionsrechts besonderes Gewicht beizumessen.
Die Trennschärfe der bisher vorgegebenen Wertgrenze ist bei Verwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs[3] unerreichbar, da er einer individuellen Wertung - vieler, unabhängig voneinander entscheidender Kollegien - unterliegt; dennoch darf auf eine möglichst einheitliche Handhabung nicht verzichtet werden. Das ist aus mehreren Gründen zwingend geboten:

Die Revision muß unabhängig davon zugelassen werden, in welchem OLG-Bezirk und durch welchen Senat das Berufungsurteil ergangen ist, und unabhängig davon angenommen werden, welchem

---

1) So zumindest der Gesetzeswortlaut; zur Bedeutung der Divergenzrevision im Rahmen der Annahmerevision unten 9.2.
2) Diese sog. Ermessensannahme soll zunächst unberücksichtigt bleiben, den dort auftauchenden Fragen wird in einer gesonderten Untersuchung nachgegangen werden (unten 10.).
3) Dazu eingehend Prütting, S. 107 f.

Fachsenat das Verfahren zugewiesen wird. Grundvoraussetzung wäre aber, daß die einzelnen Oberlandesgerichte mit ihren zahlreichen Zivilsenaten - sowohl untereinander wie auch im Vergleich zum Bundesgerichtshof - nach weitgehend übereinstimmenden Richtlinien verfahren. Gleiches gilt für die Fachsenate des Revisionsgerichts, da sonst der Zufall der Zuständigkeit über die Revisionswürdigkeit entscheiden würde.

Es genügt jedoch nicht, daß innerhalb der Gerichtsbarkeit Klarheit darüber besteht, wann von dem Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung ausgegangen werden kann: In den Fällen der Annahmerevision muß der - bei Ablehnung kostenpflichtige - Revisionskläger mit Hilfe eines erfahrenen Anwalts im Voraus die Aussichten auf Annahme einschätzen können[4]. Die Erwägungen des Gerichts sind aber nur vorhersehbar, wenn den Parteien fest umrissene Kriterien zur Verfügung stehen, anhand derer eine angenähert sichere Prognose möglich ist.

Ob diese für einen unbestimmten Rechtsbegriff immerhin sehr hoch angesetzten Forderungen erfüllbar sind, ist die zentrale Frage der folgenden Untersuchung. Dazu soll zunächst dargestellt werden, inwieweit es bisher Rechtsprechung und Wissenschaft gelungen ist, den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung zu konkretisieren.

Daß sich der Bundesgerichtshof auf mehr allgemein gehaltene Deutungen beschränkt hat, ist nicht etwa mit der mangelnden Schwierigkeit der Konkretisierung[5] begründbar, sondern allein mit der fehlenden Notwendigkeit, sich mit der Frage auseinanderzusetzen: da es gegen die Versagung der Zulassung durch die Oberlandesgerichte keine Beschwerdemöglichkeit gab, hatte sich der Bundesgerichtshof mit der grundsätzlichen Bedeutung nur unter dem Gesichtspunkt zu beschäftigen, ob es Ausnahmen von der Bindung an die Zulassungsentscheidung gebe[6].

---

4) Es darf nicht übersehen werden, daß die Bedeutung des Rechtsmittels der Revision von dem Ansehen abhängt, das es bei den Parteien genießt, solange bei diesen die Initiative zur Anrufung des Bundesgerichtshofes liegt.

5) so etwa Grussendorf, NJW 1960, 13: der Begriff bestimme sich nach äußeren, leicht bestimmbaren Daten, die maßgeblichen Fragen lägen an der Oberfläche.

6) Vgl. dazu im einzelnen de Lousanoff, NJW 1977, 1042.

Bis zur Einführung der Annahmerevision mußte es daher allein Aufgabe der Wissenschaft bleiben, brauchbare Kriterien herauszuarbeiten. Die durch sie gewonnenen Ergebnisse müssen daraufhin untersucht werden, ob sie eine verallgemeinerungsfähige Definition gestatten, die für die Beurteilung jeder konkreten Rechtsfrage gleichermaßen verwendbar ist.

9.1.1.2. Definition nach der Rechtsprechung

Als sich mit Einführung der Annahmerevision der Ruf nach genauer Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung verstärkte, ist vielfach auf die bisherige Rechtsprechung verwiesen worden, durch die der Begriff hinreichend ausgefüllt worden sei[7]. Aufgrund der angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen[8] ließe sich das Vorliegen von grundsätzlicher Bedeutung - von einigen Abweichungen abgesehen - wie folgt umreißen:

Erforderlich sei eine klärungsbedürftige, regelmäßig bisher noch nicht höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung. Die allgemeine Bedeutung sei gemeinhin gegeben, wenn sich die Auswirkungen der Entscheidungen einerseits nicht auf den Einzelfall beschränkten, sondern eine unbestimmbare Vielzahl von Fällen beträfen, und andererseits nicht nur auf tatsächlichem Gebiet lägen[9], sondern auf rechtlichem. Zur Kennzeichnung der Allgemeininteressen wird regelmäßig auf den zu erwartenden Nutzen für die Vereinheitlichung der Rechtsprechung und die Weiterbildung des Rechts abgestellt[10].

In der Literatur[11] und in der Gesetzgebung[12] fanden diese Formulierungen Aufnahme und Bestätigung. Einer kritischen

---

7) So z.B. Vogel, NJW 1975, 1300; Arnold, JR 1975, 488; Holtgrave, DB 1975, 1685; Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 263.
8) Im besonderen BGHZ 2, 397 = NJW 1951, 762 (vgl. dazu noch unten 9.1.4.2.); BGH JZ 1955, 550; BAGE 2, 28; BVerwG NJW 1960, 1587; 1962, 218; DVBl 1970, 627; BSG MDR 1975, 964, 965.
9) BGH NJW 1970, 1549; BVerwG DVerwBl 1970, 901.
10) BGHZ 2, 397; BAGE 2, 28; BGH LM Nr. 7 zu § 219 BEG; BFHE 89, 117.
11) Depenbrock, RdA 1958, 407; G.Müller, Festschrift f. Herschel, S. 160; Heusinger, ZZP 76, 336 f; vgl. im übrigen N.7 und die Angaben bei Prütting, S. 30 ff, 103 f.
12) BT-Dr 7/444, S. 31; BT-Dr 7/3596, S. 6; auch schon Kommissionsbericht 1961, S. 156.

Untersuchung können sie indes nicht standhalten. Außer dem Hinweis auf die Klärungsbedürftigkeit ist für eine weitere Präzisierung nichts gewonnen worden. Mit dem Erfordernis der allgemeinen Bedeutung ist der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung keineswegs ausgefüllt, es wird lediglich ein Leerwort durch ein anderes ersetzt.

9.1.1.3. Weyreuther

Der erste eingehendere Versuch ist bei Weyreuther[13] zu finden, jedoch führt er kaum über das bisher Gesagte hinaus. Wann eine allgemeine Bedeutung anzunehmen ist, bleibt auch in seiner Monographie ungeklärt bis auf den Hinweis auf Rechtseinheit und Rechtsfortbildung[14]. Eine nähere Präzisierung erfahren dagegen gewisse, für die Zugangsentscheidung mitbestimmende Gesichtspunkte - bei Prütting später als Vorfragen bezeichnet[15].

(1) Es muß sich um eine Rechtsfrage[16] handeln, die klärungsbedürftig ist[17]. Der dazu vorgenommenen Negativabgrenzung kann gefolgt werden: die Antwort darf sich weder unmittelbar aus dem Gesetz ergeben noch darf sie (so gut wie) unbestritten sein. Weiter darf die Rechtsfrage nicht als revisionsgerichtlich ausreichend geklärt angesehen werden. Allerdings wird man in diesem Punkt schärfer als Weyreuther[18] herausstellen müssen, daß die Klärungsbedürftigkeit nicht immer mit einer einzigen Entscheidung entfällt[19].

(2) Die Rechtsfrage muß klärungsfähig sein[20]. Damit ist im besonderen die Revisibilität einer Rechtsfrage angesprochen[21]. Diese Fragen müßten an die Spitze der Vorüberlegungen gestellt werden, da die Revisibilität zugleich ein Erfordernis sach-

---

13) Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, 1971, Rn. 52 ff.
14) Rn. 59 - 61, 83, 84.
15) S. 127 ff.
16) Rn. 62 - 64.
17) Rn. 65 - 67.
18) Rn. 66.
19) Vgl. dazu im einzelnen unten die Abschnitte 16. und 17.
20) Rn. 68 - 74.
21) Zu den weiteren Einzelfällen, in denen es nicht zu einer Klärung kommen kann, vgl. Weyreuther, Rn. 74, und Prütting, S.12

licher Berechtigung der Revision ist[22]. Für das Vorhandensein grundsätzlicher Bedeutung gibt diese Vorfrage allerdings unmittelbar nichts her.

(3) Die Klärung der Rechtsfrage muß zu erwarten sein[23]. Diese Bedingung dient im besonderen der Entlastung des Bundesgerichtshofes. Zu diesem Zweck wird von den Berufungsgerichten die Prognose verlangt, ob die Rechtsfrage im Revisionsverfahren überhaupt von Belang sei[24]. Das erfordert jedoch einen sicheren Überblick über den zukünftigen Verfahrensgang; für die Oberlandesgerichte ist deswegen äußerste Zurückhaltung geboten im Falle einer negativen Bescheidung, und auch der Bundesgerichtshof wird nur bei einer eingehenderen Vorprüfung zu einer zutreffenden Beurteilung kommen[25].

9.1.1.4. Prütting

Aufbauend auf Weyreuthers Ausführungen hat es Prütting[26] unternommen, den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung rechtstheoretisch zu konkretisieren.

Prütting nimmt eine Dreiteilung der möglichen Rechtsfragen vor und scheidet danach im Voraus zunächst diejenigen ab, die sich bei der Aufbereitung des Sachverhalts stellen[27]. Weiter unterteilt er in unabhängig von einem konkreten Anlaß auftauchende Fragen (abstrakte Rechtsfragen), die sich zwingend stellen, da sie jeden vorkommenden Fall betreffen können, und nach Bejahung der Vorfragen[28] immer grundsätz-

22) Baumbach-Lauterbach-Albers, § 549, 1 A.
23) Rn. 75 - 82.
24) Hauptanwendungsfall ist die auf mehrere Begründungen gestützte Klage.
25) Der Supreme Court der Vereinigten Staaten (dazu unten 12.5.2.) mit seinem weitaus größeren Ermessen ist dagegen in der Lage, die Zulassung auch dann zu verweigern, wenn die rechtlichen Konstellationen für eine Grundsatzentscheidung im Sinne des Gerichts zu ungünstig erscheinen.
26) Die Zulassung der Revision, 1977, S. 101 ff.
27) S. 150. Prütting meint, der Bereich des Sachverhalts werde durch seine Einmaligkeit gekennzeichnet, so daß sich keine Grundsatzfragen finden lassen könnten. Für diese Frage und die Konsequenzen für die Verfahrensrevision vgl. unten 11.
28) S. 127 ff; vgl. oben 9.1.1.3.

lich sind[29], und in alle übrigen Fragen, die im wesentlichen die Anwendung und Auslegung des Rechts in einem Einzelfall umfassen[30]. Daneben sieht er in den gesetzlich normierten Divergenzfällen (§ 546 I, 2 Nr. 2) einen unwiderlegbar indizierten Fall der grundsätzlichen Bedeutung[31].

Prütting konzentriert sich sodann auf den Bereich der konkreten Rechtsfragen und räumt einführend den "berühmten, unreduzierbaren Rest"[32] der persönlichen Entscheidungsfindung ein, der einer wertenden Entscheidung innewohne[33]. Im Rahmen seiner Abhandlung über die Zulassungsrevision brauchte diesem Umstand allerdings noch nicht die Bedeutung zugemessen zu werden, die er für die Annahmerevision erhalten hat, in der die Entscheidung über die Grundsätzlichkeit am Anfang und nicht am Ende des Verfahrens steht. Wenn er jedoch zuvor sagt, daß die von ihm im folgenden aufgestellten Kriterien nur eine gewisse Hinweisfunktion haben[34], wäre es auch im Rahmen der Zulassungsrevision von Interesse gewesen, das Verhältnis von Vorherbestimmbarkeit und richterlichem Beurteilungsspielraum zu analysieren.

Vorangestellt wird sodann die globale Forderung der Verallgemeinerungsfähigkeit[35]. Den ersten eingrenzenden Prüfungs-

---

29) S. 152 ff: er zählt hierzu (a) Fragen der Verfassungsmäßigkeit, sofern nicht Art 100 GG einschlägig ist; (b) andere Gründe der Geltung oder Nichtgeltung von anzuwendendem Recht (Beispiel: Bestehen von Gewohnheitsrecht); (c) allgemeine Konkurrenzprobleme; (d) Fragen der systematischen Stellung einer Norm; (e) den Anwendungsbereich einer Norm in abstracto; (f) das Fehlen einer Norm, d.h. die Feststellung einer Gesetzeslücke. Da bei letztgenannten der Ausgangspunkt immer ein konkreter Fall sein wird, scheint die Zuordnung zu den abstrakten Rechtsfragen bedenklich; vgl. auch Prüttings Einschränkung S. 161 (Fall 20 und N. 264).

30) S. 155 ff.

31) S. 150 f. mit Verweis auf S. 218 ff. Diese Frage ist für die Annahmerevision von besonderem Interesse, weil § 554 b die in § 546 I, 2 Nr. 2 aufgeführten Divergenzfälle nicht erwähnt. Vgl. dazu unten 9.2.

32) Auf den Weyreuther, Rn. 59, verweist.

33) S. 156.

34) aaO.

35) S. 156 f.

gesichtspunkt sieht Prütting darin, ob sich eine individuell konkrete Entscheidung in einen Leitsatz fassen läßt[36]. Die Tauglichkeit dieses Moments läßt sich zwar für die Abscheidung von reinen Einzelfallentscheidungen nicht abstreiten, jedoch machen diese die geringsten Schwierigkeiten[37]. Die Leitsatzfähigkeit hat zudem nur Bedeutung für die Zulassungsrevision, weil es geradezu verderblich wäre, wenn die Revisionsrichter den Leitsatz des Berufungsurteils ihrer Annahmeprüfung zugrunde legten, - ist es doch gar nicht gesagt, daß das Oberlandesgericht die entscheidende Rechtsfrage überhaupt erfaßt hat.

Als Kernstück der Konkretisierungsmöglichkeiten sind die sog. "bestimmenden Indikatoren" anzusehen, die von Prütting zusammengestellt worden sind[38]. Der positive Teil enthält hauptsächlich Ausprägungen der Wahrung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts; zusätzlich führt er Gesichtspunkte auf, die sich auf die Situation der Parteien beziehen sowie auf Kompetenzkonflikte und Grundrechtsfragen. Der sehr kurz geratene Negativkatalog[39] birgt dagegen kaum neue Aspekte zu dem bisher Gesagten[40], mit Ausnahme des zutreffenden Unterpunkts, der sich auf die Art des angewendeten Rechts bezieht[41].

Die positiven Indikatoren haben mehr oder weniger Beispielcharakter, die Aufzählung ließe sich wahrscheinlich noch erweitern[42]. Vollkommen ausgeschlossen bleibt allerdings

---

36) S. 157.
37) Vgl. dazu seine Beispiele S. 158 N. 254.
38) S. 159 ff.
39) S. 162.
40) Fall 1 (Einzelproblem ohne rechtliche Parallele) unterfällt idR schon der Prüfung der Leitsatzfähigkeit; Fall 2 (einzelfallbezogene Anwendung einer sonst nicht zweifelhaften Bestimmung) wird schon an der Klärungsbedürftigkeit scheitern und Fall 3 (Würdigung der Verhältnisse des konkreten Sachverhalts) ist wiederum ein Sonderfall des Falles 1.
41) Fall 4: (a) ausgelaufenes Recht; (b) Einzelfallgesetz; (c) zeitlich eng befristetes Gesetz.
42) Die Spezialfälle (4) (Kompetenzkonflikte) und (5) (Grundrechtsfragen) sollen hier außer Acht bleiben.

die Frage der grundsätzlichen Bedeutung bei besonderen menschlichen Härten oder bei wirtschaftlichen Auswirkungen[43]; Prütting nimmt später dazu Stellung und lehnt eine Ausdehnung der grundsätzlichen Bedeutung über den rein rechtlichen Bereich hinaus ab[44].

Die Fallgruppen (1) (Rechtseinheit) und (2) (Rechtsfortbildung) verdienen ein näheres Eingehen. Die Indikatoren aus dem Bereich der Rechtseinheit umfassen sämtliche Divergenzfälle im weitesten Sinne, die von § 546 I, 2 Nr. 2 nicht berücksichtigt werden[45].

Ohne hier im einzelnen auf die Frage eingehen zu wollen, was unter Rechtseinheit zu verstehen ist[46], kann gesagt werden, daß in diesem Bereich ein brauchbarer Ansatz dafür geschaffen worden ist, unter welchen Gesichtspunkten der Revisionszweck der Vereinheitlichung der Rechtsprechung gefördert werden kann. Eine wie auch immer geartete Divergenz festzustellen, ist von begrenzter Schwierigkeit, sie ließe sich auch in großen Zügen im Falle der Annahmerevision im voraus konkretisieren, wobei allerdings die einzelnen auftauchenden Unsicherheiten hinsichtlich der richterlichen Wertung nicht übersehen werden dürfen[47].

---

43) Dazu unten 9.1.2.

44) S. 176 ff., 179 f. Dem widerspricht aber die in dem Indikatorenkatalog vorgeschlagene Berücksichtigung der Situation der Partei im konkreten Rechtsstreit (S. 161, Fall A 3: (a) Der Staat ist als Partei beteiligt; (b) Von dem Urteil ist eine sehr große Personenzahl direkt betroffen): weder dem Umstand, daß der Staat als Partei beteiligt ist, noch der Größe des von dem Urteil betroffenen Personenkreises kommt aus sich heraus eine besondere rechtliche Bedeutung zu, insbesondere steht die Verallgemeinerungsfähigkeit in 3 b ebenso in Frage wie bei jeder anderen Entscheidung.

45) Z.B. Abweichungen vom Bundesverfassungsgericht, von nicht mehr existenten höchstrichterlichen Gerichten, von anderen Bundesgerichten, von relevanten Entscheidungen eines anderen Gerichts erster oder zweiter Instanz, von einer eigenen früheren Entscheidung, von einer starken Literaturansicht.

46) Dazu unten 9.2.3. und insbesondere 14.1.

47) Z.B. wann eine abweichende Entscheidung als relevant angesehen wird.

Weitaus größere Probleme wirft die Frage nach der Praktikabilität der Indikatoren aus dem Bereich der Rechtsfortbildung auf. Prütting versäumt es in seiner Darstellung zu untersuchen, wie und wann es erkennbar ist, ob eine Entscheidung der Fortbildung des Rechts dienlich ist oder nicht. Dieser Frage wird im einzelnen nachgegangen werden müssen[48].

Es ist aber auszuschließen, daß man als Regelfall annehmen könnte, ein Richter sei in der Lage, vor oder bei Erlaß einer Entscheidung ihr Gewicht für die zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung abzuschätzen. Auf die einzelnen Indikatoren bezogen, gilt dieses insbesondere für die Fälle 2 a, b ("verdeckte" Rechtsfortbildung und umstrittene Auslegung mit weitreichenden Folgen). Ebenso problematisch ist es, eine Billigkeitsentscheidung praeter oder contra legem sogleich als rechtsfortbildend zu bezeichnen (2 c). Die übrigen Indikatoren können kaum einen Hinweis auf die grundsätzliche Bedeutung aus Gründen der richterlichen Rechtsfortbildung geben. Fall 2 e (bisher in Rechtsprechung und Literatur noch nicht entschiedenes oder diskutiertes Problem) gibt zwar Anlaß zur Rechtsfortbildung, aber es ist noch nichts über den Grad der Bedeutung der Frage gesagt. Im Rahmen von Fall 2 d (Erforderlichkeit einer gesetzlichen Korrektur im Zusammenhang mit der Entscheidung) ist die richterliche Rechtsfortbildung nur mittelbar betroffen, da sie gerade zugunsten einer gesetzgeberischen Maßnahme unterbleiben sollte. Fall 2 f schließlich (gleiche Auffassung der Untergerichte, aber noch keine höchstrichterliche Entscheidung) gehört systematisch zu dem Bereich der Rechtseinheit, da durch eine Entscheidung allein diese gestärkt würde, während ein Beitrag zur Rechtsfortbildung gerade nicht geleistet würde.

Die Wirkung des Fallkataloges erschöpft sich somit darin, daß der zu konkretisierende Begriff der grundsätzlichen Bedeutung durch die Fassung "für die Rechtsfortbildung bedeutsam" ergänzt wird. Das gestellte Problem wird damit aber nicht gelöst, sondern in einem gewichtigen Teil nur verlagert. So muß man auch Prüttings Ziel, die grundsätzliche Bedeutung

48) Vgl. dazu unten 16.

rechtstheoretisch zu präzisieren, als weitgehend unerreicht ansehen. Er versucht zwar, den inhaltlosen Begriff durch eine umfassende Kasuistik anzureichern, doch gelingt es ihm ebensowenig, ein faßbares System zu entwickeln, das - auf beliebige Fälle angewandt - das richterliche Ermessen einschränken und eine Entscheidung insbesondere bei der Annahmerevision vorhersehbar zu machen in der Lage ist.

9.1.2. Der Anwendungsbereich des Begriffs

Angesichts der geringen Verwendbarkeit der bisher gewonnenen Ergebnisse stellt sich die Frage, ob es überhaupt eine Möglichkeit gibt, der grundsätzlichen Bedeutung einen greifbaren und praktikablen Rahmen zu geben oder ob man nach den gesetzlichen Vorschriften gezwungen ist, eine einzelfallbezogene Entscheidung des Gerichts hinzunehmen, die zwar nachvollziehbar und aufgrund der Erfahrungen der beteiligten Richter begründbar sein mag, die sich aber für die Prozeßparteien eher als das Ergebnis einer mehr gefühlsmäßigen Beurteilung der Streitigkeit darstellen muß und die eine gleichmäßige Anwendung durch verschiedene Senate und Gerichte unmöglich erscheinen läßt.

Wesentlich für die Beantwortung der Frage ist die Abstekkung des Bereichs, innerhalb dessen grundsätzliche von nicht grundsätzlichen Fragen abgeschieden werden sollen. Prütting hat mit Recht hervorgehoben, daß das Streben nach Rechtseinheit und das Bemühen um eine Weiterentwicklung des Rechts einen wichtigen Maßstab bilden[49]. Umrissen ist damit zunächst nichts weiter als ein allgemeines Interesse an der rechtlichen Bedeutung eines Falls. Offen ist hingegen, ob die grundsätzliche Bedeutung, der Umfang des angesprochenen Allgemeininteresses, allein an dem Gewicht rechtlicher Fragen zu messen ist oder ob sich die Revisionswürdigkeit auch aufgrund der wirtschaftlichen oder sozialen Auswirkungen bejahen läßt.

---

49) Ebenso Kommissionsbericht 1961, S. 156; Kullmann, DRiZ 1973, 185; Vogel, NJW 1975, 1300; BGHZ 2, 397; BAGE 2, 28; BGH LM Nr. 7 zu § 219 BEG; BVerwG DVBl 1970, 627; BFHE 89, 117; BT-Dr 7/444,S. 31.

Der Wendung "grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache" ist nicht zu entnehmen, daß nur der rechtliche Bereich in Betracht zu ziehen wäre. Eine äußere Grenze ließe sich in der hergebrachten Weise[50] aber immerhin insoweit festlegen, daß "grundsätzliche Bedeutung" als allgemeine, über den Einzelfall hinausragende Bedeutung zu verstehen sei und infolge dessen die besonderen Auswirkungen für den einzelnen Prozeßbeteiligten nicht ausschlaggebend sein dürfen. Aber auch diese Grenze wird zum Teil überschritten: der gegenwärtige Meinungsstand reicht von der scharfen Beschränkung auf die ausschließlich rechtlichen Folgen der Entscheidung[51] bis hin zur Berücksichtigung besonderer wirtschaftlicher oder menschlicher Tragweite einer Entscheidung im Einzelfall[52].

Unverkennbar ist das Bemühen einer weitverbreiteten Ansicht, als Revisionsgrund neben der rechtlichen vor allem auch die wirtschaftliche Bedeutung miteinzubeziehen, ohne diese jedoch näher zu spezifieren[53]. Damit nähert man sich allerdings wieder der gerade aufgegebenen Streitwertrevision, ohne jedoch einen festen Richtpunkt zu haben[54].

---

50) Siehe oben 9.1.1.2.

51) So insbesondere BVerwG DVBl 1970, 901; BT-Dr 7/444, S. 31; Arnold, JR 1975, 488; schwächer Möhring, JZ 1972, 270.

52) Z.B. Jagusch, NJW 1953, 163; Heusinger, ZZP 76, 338; insbesondere A.Arndt, AnwBl 1963, 220: der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung sei solange brauchbar, wie er sich an den Folgen für die Beteiligten orientiere und nicht zur Prinzipienfrage umgedeutet wird.

53) BAGE 2, 30; G.Müller, Festschrift f. Herschel, S. 161; Heusinger, ZZP 76, 338; Stein-Jonas-Grunsky, § 546 II 2 ; Grunsky, ZZP 84, 146. Depenbrock, RdA 1958, 407, bezeichnet diese Ansicht sogar als allgemeine Meinung. Siehe auch Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 60. Sitzung, S. 69; BT-Dr 7/3596, S. 6 (entgegen BT-Dr 7/444, S. 31 - vgl. N. 51), ihr entstammt die unbestimmt gehaltene Wendung, daß "je nach Fallgestaltung und Materie" auch wirtschaftliche Auswirkungen grundsätzlich seien; wiederholt bei Vogel, NJW 1975, 1300, und Holtgrave, DB 1975, 1685.

54) Nach Henke, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 93, sei bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung die Streitwertrevision ehrlicher. Dem Einwand wird zum Teil damit begegnet, daß nicht den höheren Vermögensinteressen als solchen eine besondere Bedeutung beigemessen werde, sondern allein den daraus resultierenden beachtlichen Allgemeininteressen; so BGHZ 2, 397/8; Weyreuther, Rn. 90; Prütting, S. 176 f.

Als unproblematisch abzuscheiden sind die Entscheidungen, die allein durch ihren rechtlichen Gehalt auf wirtschaftliche Fragen Einfluß nehmen, da diese auch von der engsten Ansicht umfaßt werden[55]. Einer Einordnung bedürfen hingegen diejenigen Fälle, deren Gewicht zwar auf tatsächlichem[56] Gebiet liegt, die jedoch in ihren Auswirkungen einen großen Personenkreis bzw. die Allgemeinheit schlechthin betreffen. Mißt man auch ihnen grundsätzliche Bedeutung zu, so wird das Element der aus der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Definition[57] hinfällig, das die allgemeine Bedeutung auf den rechtlichen Bereich beschränkt.

Die zu stellende Frage ist somit dahingehend zu präzisieren, ob sich das Revisionsgericht nach seiner heutigen Aufgabenstellung ausschließlich auf das Recht, losgelöst von den Lebenstatbeständen, konzentrieren darf und kann. Fest steht, daß die rechtliche Bedeutung im Vordergrund bleibt und jede Untersuchung dort ihren Ursprung hat, da nach den von Weyreuther[58] und Prütting[59] entwickelten Vorfragen zunächst die rechtliche Klärungsbedürftigkeit gegeben sein muß, mögen die Auswirkungen auch vorrangig auf anderen Gebieten liegen.

Eine strenge Unterscheidung zwischen rechtlicher und anderer Bedeutung wird sich in der Regel für die Mehrzahl der Fälle gar nicht vornehmen lassen, sofern es nicht um die ausschließliche Bereinigung von Urteilsabweichungen im weitesten Sinne geht. Insbesondere die Weiterentwicklung des Rechts steht zwangsläufig in engster Verbindung mit den zu ordnenden

---

55) N. 51.
56) Im Gegensatz zum rechtlichen.
57) Siehe oben 9.1.1.2.
58) Rn. 62 ff.
59) S. 127 ff.

Lebensbereichen, da von dort die Anstöße zur Rechtsfortbildung kommen[60].

Wollte man dennoch Fragen, deren Klärung für Rechtseinheit oder Rechtsfortbildung ohne Gewinn zu sein scheinen, aber aus anderen Gründen für die jeweils zu ordnenden Bereiche von weittragender Bedeutung sind, vollkommen außer Acht lassen, so erführe der Begriff der Rechtsinstanz einen zweiten, die Funktion des Bundesgerichtshofes weiter verengenden Inhalt. Nicht nur der Gegenstand der Untersuchung würde auf Rechtsfragen beschränkt, sondern auch die Beurteilung ihrer Auswirkungen, mithin also die Art des Interesses an ihrem Ergebnis.

Eine derart restriktive Auslegung der grundsätzlichen Bedeutung würde aber zu einer Isolierung des Bundesgerichtshofes führen, seine Rechtsprechung erschöpfte sich in einem beziehungslosen Selbstzweck[61]. Für Zulassung und Annahme sind daher die rechtlichen Fragen mit den jeweils relevanten tatsächlichen Umständen in Verbindung zu bringen, d.h. grundsätzliche Bedeutung muß immer dann angenommen werden, wenn die zu behandelnde Rechtssache für irgendeinen rechtlich geschützten Lebensbereich von erheblichem Einfluß ist, sofern nur die Allgemeinheit durch eine entsprechende Entscheidung tangiert wird[62]. Die besondere Bedeutung für den einzelnen kann dagegen nach dem jetzigen System nur im Rahmen der Ermessensannahme Berücksichtigung finden.

Die inhaltliche Ausweitung des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung führt damit zu einer zusätzlichen Erschwerung der angestrebten Konkretisierung, ist aber unvermeidlich.

---

60) Wo das Bedürfnis zur Erweiterung oder Neuschaffung von Rechtsregeln fehlt, wird ein Gericht kaum einen entsprechenden Tätigkeitskreis finden können.

61) In Ansätzen ähnlich G.Müller, Festschrift f. Herschel, S. 161; Depenbrock, RdA 1958, 408. Auch Prüttings Aussage (S. 177), daß eine Rechtsfrage dadurch grundsätzliche Bedeutung gewinnen könne, daß ihre Beantwortung Auswirkungen auf einen größeren Personenkreis zeitige, läßt sich so verstehen.

62) Es wird sich allerdings kaum generell bestimmen lassen, ob bei einer bestimmten Größe des betroffenen Personenkreises schon von Allgemeinheit gesprochen werden kann oder nicht.

9.1.3. Zwischenergebnis

Die bisherigen Ansätze haben zu keiner befriedigenden Lösung geführt. Die der Rechtsprechung zugeschriebene Formel[63] ist unzureichend und verharrt im Allgemeinen. Doch auch weitergehende Untersuchungen, insbesondere die Arbeit von Prütting, vermögen es nicht, den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ausreichend zu erfassen.

Als Grundlage für eine Bewertung bleiben somit die bekannten, aber nicht spezifizierbaren Gesichtspunkte, daß eine Streitigkeit dann von grundsätzlicher Bedeutung sei, wenn sie ein Problem enthalte, das hinsichtlich seiner rechtlichen Fragestellung klärungsbedürftig sei, eine Klärung zu erwarten sei und die Auswirkungen einer entsprechenden Entscheidung von allgemeiner Bedeutung seien. Eine darauf gerichtete Beurteilung hat jeden Bereich zu berücksichtigen, der durch die Klärung einer Rechtsfrage betroffen werden kann. Auf rechtlichem Gebiet soll sich die Feststellung der grundsätzlichen Bedeutung darauf konzentrieren, welchen Gewinn die Revisionsentscheidung für die Vereinheitlichung und Weiterbildung des Rechts mit sich bringen kann.

Eine weitere Konkretisierung dessen, was nach den Vorstellungen des Gesetzes zwingend zur Zulassung oder Annahme der Revision führen soll, erweist sich als weitgehend unmöglich. Es brächte auch kaum einen Gewinn, die an sich verdienstvolle Sammlung von Gesichtspunkten durch Prütting noch durch andere Aspekte zu erweitern oder die vorhandenen neu zu ordnen: Angesichts der großen Zahl unabhängig voneinander prozedierender Kollegien[64], von denen eine gleichmäßige Handhabung der Zugangsbestimmungen erwartet wird, ist auch eine noch so umfangreiche, naturgemäß aber immer unvollkommene Kasuistik nur ein notdürftiger Ersatz für eindeutig bestimmbare Kriterien. Das gilt insbesondere deswegen,

---

63) Oben 9.1.1.2.
64) 12 Senate beim Bundesgerichtshof und über 500 Senate bei den Oberlandesgerichten.

weil auch im Rahmen einer beispielhaften Aufzählung offen bleibt, wie die Bedeutung für die Rechtseinheit, vor allem aber für die Rechtsfortbildung im Voraus von den Richtern - aber auch von den Parteien - erfaßt werden kann.

9.1.4. Das Beurteilungsermessen der Gerichte

9.1.4.1. Bisherige Kritik und heutige Gesetzesfassung

Nach den bisherigen Erwägungen könnte man zu dem Schluß kommen, daß die Absicht des Gesetzgebers, den Revisionszugang zugunsten der Allgemeininteressen einheitlich von der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache abhängig zu machen, wegen der unbehebbaren Schwierigkeiten - zumindest in diesem Umfange - untauglich sei. Diese Ansicht fände darin Stärkung, daß der - hier schon widersprochenen - Behauptung, der Begriff sei genügend abgeklärt, auch in dem bisherigen Schrifttum vielfach die Zustimmung versagt geblieben ist[65].

Der kritischen Haltung der zitierten Literaturstimmen kann in vollem Umfange beigepflichtet werden, es stellt sich aber die Frage, ob es überhaupt den Zielen des Gesetzgebers entsprach, ein möglichst präzis abgrenzbares Kriterium zu schaffen.

Der Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung kam zwar neben der Streitwertrevision nur eine untergeordnete Rolle zu - sie stand zudem noch im Ermessen der Berufungsgerichte (§ 546 II, 1 a.F.) -, dennoch war der Revisionsgrund wegen seiner mangelhaften Konkretisierbarkeit stets umstritten. Der Umstand, daß der Gesetzgeber auf die bekannte Kontroverse

---

65) Holste, AnwBl 1958, 4; Paulus, ZZP 71, 209, 211, und Pohle, Gutachten, S. 66, verneinten die Möglichkeit einer Präzisierung über die bekannten äußeren Merkmale hinaus. Ebenso wandte sich schon Jagusch, NJW 1953, 161, wegen der Schwierigkeiten bei der Auswahl gegen jede Art einer sog. Grundsatzrechtsprechung. In neuerer Zeit bestritt Möhring, JZ 1972, 268, daß die grundsätzliche Bedeutung je eindeutig abgegrenzt werden könnte, und schon mit Blick auf die Annahmerevision nannte es Kullmann, DRiZ 1973, 185, optimistisch, den Begriff als ausgefüllt zu bezeichnen. Nach der Neuregelung des Revisionsrechts haben insbesondere Nirk, BB 1975, 1174; H.Schneider, NJW 1975, 1539; Grunsky, Gutachten zum 51.DJT (1976), A 57 (insbes. N. 138), und de Lousanoff, NJW 1977, 1042, die Faßbarkeit bezweifelt.

nur mit vagen Argumenten eingegangen ist und die grundsätzliche Bedeutung trotz der berechtigten Zweifel zu dem zentralen Begriff der Zugangsbestimmungen erhoben hat, läßt die Vermutung zu, daß gerade die Weite des Anwendungsbereichs und die damit verbundene Freiheit der richterlichen Entscheidungsmöglichkeiten als gewollt angesehen werden muß. Es könnte demnach der Intention der §§ 546 I, 2 Nr. 1, 554 b I entsprechen, daß nur die äußeren Grenzen umrissen werden, wie sie sich aus den bekannten Formeln ergeben, sonst aber die Bewertung des Einzelfalles im freien Ermessen der Richter liegen soll.

9.1.4.2. Hinweise auf die beabsichtigte begriffliche Weite in Rechtsprechung und Schrifttum

Die Richtigkeit der Fragestellung wird schon durch die vielzitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHZ 2, 396 bestätigt, obwohl gerade diese Entscheidung regelmäßig mit als Beleg dafür angeführt wird, daß der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung hinreichend ausgefüllt sei. Tatsächlich nämlich beschränkte sich das Gericht auf den Hinweis, daß unter grundsätzlicher Bedeutung vorrangig die Bedeutung für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zu verstehen sei, die nähere Konkretisierung des Begriffs jedoch allein ins freie Ermessen der (OLG-) Richter gestellt sei[66].

Hier mehrfach erwähnt und bisher nie bestritten ist der Umstand, daß die Einordnung einer Rechtssache nach dem Maß ihrer Grundsätzlichkeit ein Akt subjektiver Wertung ist oder kürzer: in großem Umfange "Ansichtssache"[67] ist. Im Gegensatz zu Weyreuther und Prütting, die die individuelle Wertung auf einen "unreduzierbaren Rest" beschränken zu können glauben[68], ist eine offene Tendenz dahingehend erkennbar, sich gegen eine abstrakte Festlegung überhaupt zu stellen. Die Auffassung, es reiche aus, die nähere Be-

66) AaO, 398.
67) Holste, AnwBl 1958, 4; zur Rechtsfortbildung ebenso, wenn auch abgeschwächt, Weyreuther, Rn. 43
68) Weyreuther, Rn. 59; Prütting, S. 156.

stimmung der grundsätzlichen Bedeutung dem jeweils befaßten Gericht zu überlassen, ist in dem Hearing des Rechtsausschusses vorrangig von Bundesrichtern vertreten worden[69].

Stimpel wendet sich gegen weitere Definitionsversuche, weil nur eine andere Leerformel zu befürchten sei, die auch nicht weiterhelfe. Robert Fischer ist der Auffassung, daß die Belastung mit Abgrenzungsfragen aufgrund vorgegebener generalisierender Merkmale vermieden werden sollte, die Bestimmung müsse vielmehr im Einzelfall den Fachsenaten vorbehalten bleiben, denen die Feststellung der Revisionswürdigkeit keine Schwierigkeit bereite[70]. Salger/Münchbach wenden sich schließlich gegen eine Verwissenschaftlichung des Begriffs, da er "zu Recht als abgeklärt" gelten könne. Er habe zudem der Rechtsprechung bisher keine nennenswerten Schwierigkeiten gemacht[71].

Es fragt sich, welche Schwierigkeiten auch hätten entstehen sollen. Dem Zivilprozeßrecht war und ist eine Entscheidung über die Grundsätzlichkeit einer Rechtsfrage fremd[72], so daß die jeweiligen Richter nicht einmal theoretisch in den Konflikt geraten konnten, ob sich ihre konkrete Maßnahme mit der Anwendung der grundsätzlichen Bedeutung als Zugangskriterium rechtfertigen ließ. Es entstanden nicht deshalb keine Schwierigkeiten, weil der Begriff genügend ausgedeutet ist, sondern weil die Richter in ihrer Entscheidung vollkommen frei waren und sind.

---

69) Sten.Prot., 56. Sitzung, S. 62 (Stimpel), 66 (R.Fischer).
70) So auch schon früher Grussendorf, NJW 1960, 13; H.Arndt, DRiZ 1962, 202; Kullmann, DRiZ 1973, 187. Kullmann forderte aber dennoch eine klare Definition der Zugangsgründe. Er wollte grundsätzliche Bedeutung durch die Begriffe des § 80 I OWiG ersetzen: "..., wenn es geboten ist, die Nachprüfung der Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen". Damit wäre aber nichts gewonnen, da auch die bisher gängigen Umschreibungen die Elemente "Rechtsfortbildung" und "Rechtseinheit" umfaßten, aber sich nicht darauf beschränken mußten. Der Vorschlag wurde auch im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten abgelehnt, allerdings unter anderem mit der Begründung, daß ein klar definierter Zulassungsgrund gegen auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe ausgetauscht würde! Vgl. BT-Dr 7/3596, S. 6. Siehe aber auch Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 69 f.
71) DRiZ 1977, 264 N. 20.
72) Zu den Ausnahmen vgl. de Lousanoff, NJW 1977, 1042, und oben 9.1.1.2. a.E.

9.1.4.3. Stellungnahmen in den Gesetzesmaterialien

Die Materialien zu dem Gesetz vom 8.7.1975 zeugen gleichermaßen davon, daß eine zu enge Festlegung vermieden werden soll. Im Rechtsausschuß wurde von der dem Begriff immanenten Elastizität gesprochen[73]; ebenso heißt es im Ersten Bericht des Rechtsausschusses vom 5.5.1975[74], daß Raum für eine elastische Handhabung der Grundsätzlichkeit gegeben sein müsse. Ein Bedürfnis nach weiterer Konkretisierung ist hier ebensowenig zu erkennen wie in den Stellungnahmen, die nur auf die bisherige Rechtsprechung verweisen[75].

9.1.5. Zusammenfassung

Abgesehen davon, daß eine allgemeine inhaltliche Bestimmung des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung tatsächlich nicht möglich erscheint, entspricht es auch mehr der Intention des Gesetzes, von einem weitgehend offenen Begriff auszugehen, der aus der Sicht der Gerichte eine flexible Regelung des Einzelfalls zuläßt. Es ist somit für die weitere Untersuchung festzuhalten, daß sich das zentrale Zugangskriterium des Revisionsrechts einer näheren Konkretisierung entzieht und daß die daraus erwachsenden Nachteile, die noch im einzelnen darzustellen sind, vom Gesetzgeber mehr oder minder bewußt in Kauf genommen worden sind.

9.2. Die Annahme von Divergenzfällen

9.2.1. Die gesetzliche Regelung

Während in § 546 I, 2 Nr. 2 die Abweichung von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichte des Bundes ausdrücklich als obligatorischer Zulassungsgrund aufgeführt ist, nennt § 554 b I nur die

---

73) Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 69, - die eigentliche Definition geht nicht über das Hergebrachte hinaus.
74) BT-Dr 7/3596, S. 6.
75) Vgl. oben N. 7.

grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, während die Annahme im übrigen freigestellt ist.
Die Fassung des § 554 b könnte darauf schließen lassen, daß ein Divergenzfall ein von grundsätzlicher Bedeutung unabhängiger Revisionsgrund sei, der nur das Berufungsgericht zur Zulassung verpflichte, während der Bundesgerichtshof von Fall zu Fall entscheiden könne.

Die Begründung zu § 554 b erklärt die Beschränkung auf die grundsätzliche Bedeutung damit, daß zwar die Möglichkeit der Annahme bei Divergenz ohne weiteres gegeben sei, aber der Bundesgerichtshof darauf verzichten solle, wenn sie entbehrlich erscheine[76]. Das sei vor allem dann der Fall, wenn bei mehreren gleichgelagerten Fällen eine einmalige Klärung genüge. Aus Gründen der Entlastung wäre diesem Gesichtspunkt zuzustimmen, sofern für die Belange der Rechtseinheit eine einzige Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts ausreicht. Eine solche Handhabung - die Ablehnung der Annahme von weiteren Fällen - ließe sich auch aus der Sicht der beteiligten Parteien mit ihrem Begehren nach einer gerechten Einzelfallentscheidung rechtfertigen, sofern sich der Bundesgerichtshof in seiner ersten Entscheidung der Auffassung des Vorderrichters anschließt, da dann die weiteren Revisionen als unbegründet zurückgewiesen werden müßten[77]. Anders jedoch dann, wenn der Bundesgerichtshof der zuerst angenommenen Revision stattgäbe, die Annahme weiterer gleichgelagerter Divergenzfälle jedoch ablehnen würde, weil nunmehr ein für die Vereinheitlichung des Rechts richtungweisendes Urteil vorläge, auch wenn die Rechtseinheit in den konkreten Fällen noch zu vermissen wäre. Der Bundesgerichtshof sähe sich dann in die Lage versetzt, aus Gründen der Entlastung und fehlenden Allgemeininteresses die fehlerhaften Entscheidungen des Berufungsgerichts decken zu müssen.

---

76) BT-Dr 7/3596, S. 8.
77) Sofern die späteren Revisionen nicht vollkommen anders begründet werden, wird sich diese Konstellation allerdings nicht allzu häufig ergeben, weil die Revisionseinlegung selbst nicht angeraten erscheint.

Bei strenger Beachtung der gesetzgeberischen Vorstellung, die Auswahl der Revision allein an den Belangen der Allgemeinheit auszurichten, muß in solchen Fällen trotz erwiesener Erfolgsaussicht mit einer Ablehnung der Annahme gerechnet werden. Zwar wird allgemein[78] - und nach dem System der Zugangsbeschränkungen des geltenden Rechts nicht ohne Grund - die Erfolgsaussicht als Annahmekriterium verneint, jedoch unter dem ganz anders gearteten Gesichtspunkt, ob die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung auch dann eröffnet werden solle, wenn das Rechtsmittel aller Voraussicht nach als unbegründet zurückgewiesen wird[79], [80].

Der oben geschilderte Fall liegt dagegen anders und ist bisher - soweit ersichtlich - nicht berücksichtigt worden. Es geht nicht um die Annahme trotz fehlender Erfolgsaussicht, sondern umgekehrt um die Ablehnung der Annahme, obwohl die Begründetheit der Revision ohne weitere Vorprüfung aufgrund eines gleichen Urteils erwiesen ist, - eine Konstellation, die schwerlich hingenommen werden kann[81].

---

78) Vgl. R.Fischer, BB 1954, 1007; Baur, ZZP 71, 180; Ullmann, GRUR 1977, 529; Prütting, S. 79.

79) Gegen eine Annahme trotz fehlender Erfolgsaussicht hat sich Kullmann ausgesprochen, Sten.Prot.d. Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 42. - Im amerikanischen Recht hat die Erfolgsaussicht generell Verstärkungswirkung für die grundsätzliche Bedeutung, vgl. Vollkommer, JZ 1964, 154; Prütting, S. 180. Zum Teil wird im besonderen darauf abgehoben, ob eine Abänderung des Urteils im Bereich des Wahrscheinlichen liegt, so beim "writ of error" zum Supreme Court of Texas und bei der "motion for leave to appeal" des Staates New York. In beiden Fällen sind die Gerichte von der früheren Übung abgegangen, allein die Allgemeininteressen zum Maßstab zu nehmen; dazu Riegert, ZZP 84, 322 ff. Zum amerikanischen Recht im einzelnen unten 12.5.2.

80) Vor allem bedeutsam für den Fall, daß es sich um eine höchstrichterlich bisher noch nicht entschiedene Frage handelt.

81) In diesem Sinne auch Möhring, JZ 1974, 370.

9.2.2. Annahme von Divergenzfällen aufgrund ihrer grundsätzlichen Bedeutung

Das Problem löste sich von selbst, wenn man davon auszugehen hätte, daß dem Bundesgerichtshof entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers die Möglichkeit genommen sei, bei Divergenzfällen nach seinem Ermessen über die Annahme zu entscheiden. Das wäre der Fall, wenn nach dem, was unter grundsätzlicher Bedeutung verstanden werden soll, jeder Divergenzfall unter diesen positiv normierten Annahmegrund zu zählen wäre.

9.2.2.1. Begriff der Divergenz

Divergenz im Sinne des § 546 I, 2 Nr. 2 ist die Abweichung in der Beurteilung einer bestimmten Rechtsfrage, die den divergierenden Entscheidungen zugrunde liegt[82]. Die Abweichung muß nicht unbedingt dieselbe Gesetzesvorschrift betreffen[83], sondern es ist ausreichend, daß derselbe Rechtsgrundsatz - gleich, ob ausdrücklich angesprochen oder als selbstverständlich vorausgesetzt[84] - zugrunde liegt[85]. Erheblich ist nur, daß die Divergenz für die Entscheidung ausschlaggebend ist, d.h. sie muß die tragenden Gründe betreffen. Streit besteht darüber, ob die zu beurteilende Rechtsfrage auch die Entscheidung, von der abgewichen werden soll, beeinflußt haben muß[86] oder ob sich der Unterschied lediglich auf eine Hilfs- oder Alternativbegründung oder gar nur auf ein obiter dictum zu beziehen braucht[87]. Für die in § 546 I, 2 Nr. 2 genannten Divergenzfälle, die zwingend eine Zulassung zur Folge haben, ist die weite Auslegung unbrauchbar. Sie würde bedeuten, daß bei jedweder Abweichung von einer durch den Bundesgerichtshof geäußerten Ansicht die Berufungsentscheidung durch eine erzwungene Revision überprüft werden müßte, unabhängig davon, welches Gewicht

82) Rosenberg-Schwab, § 143 I, 4 b; Vogel, NJW 1975, 1300.
83) So aber Weyreuther, Rn. 118 ff; gegen ihn Grunsky, ZZP 84, 475.
84) E.Schneider, NJW 1977, 1043.
85) Rosenberg-Schwab, § 143 I, 4 b; Hanack, S. 151 ff; GS-OBG in BGHZ 60, 392; BGHZ 9, 179; BAG 1, 232.
86) So die überwiegende Meinung: vgl. die Nachweise bei Hanack, S. 243 N.1 - 3, und Prütting, S. 220 N. 465.
87) So in verschiedenem Umfange Hanack, S. 247 ff; G.Müller, Festschrift f. Herschel, S. 176; Weyreuther, Rn. 130; Stein-Jonas-Grunsky, § 546 II, 3 b.

der Bundesgerichtshof selbst seiner Stellungnahme zu dem streitigen Rechtsproblem beimißt[88]. Die besondere Bedeutung der Divergenzrevision ist nur gerechtfertigt, wenn sich die Erheblichkeit der Abweichungen auf den Teil des höchstrichterlichen Spruches beschränkt, der die ratio decidendi bildet, da nur insofern der unmittelbare Bezug zu dem Einzelfall besteht, anhand dessen ein bestimmtes Rechtsproblem erörtert werden kann[89].

9.2.2.2. Abscheidung der nicht in § 546 I, 2 Nr. 2 aufgeführten Fälle

Übertragen auf den § 554 b I ist zu trennen zwischen den Divergenzfällen des § 546 I, 2 Nr. 2 und allen anderen Möglichkeiten von Urteilsabweichungen[90]. Die den Rahmen des § 546 I, 2 Nr. 2 sprengenden Fälle können ohnehin bei Zulassungs- und Annahmerevision gleich behandelt werden, da sie an keiner Stelle speziell genannt werden. Wichtig ist zunächst nur, ob eine Abweichung von einem Urteil des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes von unterschiedlicher Bedeutung sein kann, - je nachdem, ob die Entscheidung über die Revisionsmöglichkeit bei einem Oberlandesgericht oder beim Bundesgerichtshof liegt.

9.2.2.3. Die Ansicht des Gesetzgebers

Vor Einführung des § 554 b ist die Divergenzrevision überwiegend als besonders normierter Spezialfall der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung angesehen worden[91]. Allerdings ist diese Ansicht kaum begründet worden, da die Her-

88) Ähnlich Jagusch, NJW 1963, 566.
89) Vgl. dazu J.Schröder, MDR 1960, 809; Bruns, Rn. 274 d a.E.
90) Dazu Prütting, S. 159, der die verschiedenen Möglichkeiten als Indikatoren für das Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung aufführt; vgl. oben 9.1.1.4. N. 45.
91) Kommissionsbericht 1961, S. 156; Pohle, Gutachten, S. 13; Jagusch, NJW 1963, 566; Heusinger, ZZP 76, 339; Hanack, S. 73, 86; Weyreuther, Rn. 93, 94; Kullmann, DRiZ 1973, 185; auch der Regierungsentwurf in BT-Dr 7/444, der eine allgemeine Zulassungsrevision vorsah; a.A. Paulus, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 107.

vorhebung als Zulassungsgrund als ausreichendes Argument erschien[92] und der Wortlaut des § 546 II a.F.[93] diese Auslegung zuließ.

Nach der Neufassung der Zulassungsgründe (§ 546 I, 2 Nr. 1, 2) sowie nach § 554 b mit der dazu ergangenen Begründung[94] kann davon nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden: Das Gesetz ist danach so zu verstehen, daß keineswegs jede Abweichung, die zur Zulassung der Revision führen würde, gleichermaßen auch den Bundesgerichtshof zur Annahme verpflichtete[95]. Das sei nur dann der Fall, wenn der Abweichung zugleich grundsätzliche Bedeutung beizumessen sei, sonst stehe die Annahme wie in allen anderen Fällen im pflichtgemäßen Ermessen des Revisionsgerichts[96]. Holtgrave[97] begründet die unterschiedliche Handhabung damit, daß der Bundesgerichtshof nicht des Anstosses bedürfe, der den Oberlandesgerichten gegeben werden müsse. Das bedeutet, daß die Oberlandesgerichte im weiteren Umfang zur Zulassung verpflichtet sein sollen als der Bundesgerichtshof zur Annahme.

Es mag der Intention des Gesetzes entsprechen, das Revisionsgericht in möglichst großem Maße frei über die Revisionswürdigkeit entscheiden zu lassen, insbesondere, um seine Belastung zu steuern, aber allein aus dem darauf gerichteten Gesetzeswortlaut läßt sich nicht ersehen, ob diese Regelung mit dem hinter dem Gesetz stehenden System übereinstimmt.

---

92) Hanack, S. 86; Weyreuther, Rn. 92, 94; vgl. aber die Ansätze bei Prütting, S. 222 f.

93) "Das Oberlandesgericht darf die Revision zulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Es hat die Revision stets dann zuzulassen, wenn es von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweicht".

94) BT-Dr 7/3596, S. 8; ebenso Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 65.

95) Kullmann wandte sich deswegen schon bei den Beratungen des Rechtsausschusses gegen diese Fassung; Sten.Prot., 56. Sitzung, S. 42.

96) Dem folgen insbesondere Holtgrave, DB 1975, 1686; Arnold, JR 1975, 490 - der allerdings dennoch bei Divergenzfällen in aller Regel grundsätzliche Bedeutung annimmt; Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 264; Bausewein, JZ 1978, 53; und trotz aller Kritik auch Borck, WRP 1975, 709; dagegen H. Schneider, NJW 1975, 1540; Prütting, S. 222, 272; Baumbach-Lauterbach-Albers, § 554 b, Anm. 1 A.

97) AaO (N. 96).

Die zu § 546 ergangene Begründung nimmt nicht einmal zu dem Verhältnis der in Abs. 1 normierten Zulassungsgründe Stellung[98], obwohl die Formulierung im Gegensatz zu der indifferenten Fassung des § 546 II a.F.[99] eindeutig die Alternativität der Gründe unterstellt[100]. Zu § 554 b[101] wird nur angemerkt, daß man nicht davon ausgehen könne, daß jede Divergenz im Sinne des § 546 I, 2 Nr. 2 zugleich von grundsätzlicher Bedeutung sei, ohne aber nur andeutungsweise einen Nachweis dafür zu erbringen.

Eine rechtstheoretische Klärung der Frage wird somit nicht erbracht, sie läßt sich aber aus den Ausführungen zu den Revisionszwecken und zur grundsätzlichen Bedeutung ableiten.

9.2.3. Die Pflicht zur Annahme von Divergenzfällen iSd § 546 I, 2 Nr. 2 aus Gründen der Rechtseinheit

Die allgemeinste Umschreibung des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung nennt als ein Prüfungsmerkmal den Nutzen für die Rechtseinheit[102]. Damit wird auf die Aufgabe des Bundesgerichtshofes abgehoben, für eine möglichst einheitliche Rechtsprechung Sorge zu tragen. Es war und ist zwar umstritten, welcher Rang diesem Revisionszweck im Vergleich zu anderen Gesichtspunkten beizumessen ist[103], als ein Ziel revisionsrichterlicher Tätigkeit ist die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit jedoch anerkannt.

Für die hier anzustellende Untersuchung, ob und welche Divergenzfälle die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache indizieren, reicht es aus, wenn zunächst unter Rechtseinheit die einheitliche Rechtsprechung bei gleichen Rechtsproblemen verstanden wird[104]. Sieht man also Rechtseinheit

---

98) BT-Dr 7/3596, S. 5 f.
99) Vgl. N. 93.
100) "Das Oberlandesgericht läßt die Revision zu, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat o d e r 2. das Urteil ... abweicht ...".
101) BT-Dr 7/3596, S. 7 f.
102) Vgl. oben 9.1.1.2.
103) Vgl. oben 5.3.3.
104) Diese Umschreibung dient nur als Ausgangspunkt; was im einzelnen unter Rechtseinheit zu verstehen ist und wie sie durch das Revisionsgericht verwirklicht werden kann, bleibt der Betrachtung vorbehalten, inwieweit die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung den Allgemeininteressen tatsächlich zugute kommt. Vgl. dazu unten den Dritten Teil, Abschnitte 13. ff.

im Idealfall als - zumindest zeitweiligen - Gleichklang aller Gerichte, so wird diese durch jede Abweichung in der Beurteilung einer Rechtsfrage beeinträchtigt, gleichgültig, ob die Auffassung aus späterer Sicht zu Recht divergiert oder nicht. Eine gewisse Bedeutung kommt somit jeder Divergenz zu.

Eine zweite Frage ist, wann der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung im Sinne von Revisionswürdigkeit überdehnt wird, d.h. welche Abweichungsfälle davon nicht mehr erfaßt werden können und welche zwingend die Voraussetzungen des Zugangsgrundes erfüllen. Im größten Teil der möglichen Fälle muß es - wie auch sonst[105] - der richterlichen Beurteilung des Einzelfalles und seiner konkreten Umstände überlassen bleiben, ob das Revisionsgericht mit der Klärung der Frage befaßt werden soll. Die Entscheidung hängt davon ab, wie extensiv der über die Annahme befindende Bundesgerichtshof den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung auslegt. Man wird wegen der Notwendigkeit der Zugangsbeschränkung zwar keine überspitzten Anforderungen an die Rechtseinheit stellen können, aber man wird kaum ohne weiteres sagen können, daß auch der Paradefall mangelnder Rechtseinheit, die Divergenz zwischen dem Bundesgerichtshof und einem Oberlandesgericht, Zweifel an der grundsätzlichen Bedeutung aufwerfen kann oder gar umgekehrt nur in besonderen Fällen als grundsätzlich angesehen werden kann[106].

Die Vereinheitlichung des Rechts und die Bewahrung der gewonnenen Einheit vollzieht sich auf zwei von Grund auf verschiedenen Wegen.

Die erste Möglichkeit ist die wiederholte Behandlung einer Rechtsfrage in den einzelnen Instanzen, die mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu einem konkreten Einzelfall abschließt. Es ist dabei ohne Bedeutung, ob das Revisionsgericht der bisherigen Rechtsprechung folgt oder mit ihr bricht (dann kann die Entscheidung den Anfang einer neuen Rechtsvereinheitlichung markieren); im zweiten Fall ist es auch unerheblich, auf welcher Ebene die neue Rechtsansicht entwickelt

---

105) Vgl. oben 9.2.2.2.
106) In diesem Sinne müssen Holtgrave und Salger/Münchbach verstanden werden (vgl. N. 96).

worden ist. In welchem Umfang der Bundesgerichtshof auf diesem - direkten, aber nur punktuell wirksamen - Wege über die Rechtseinheit wachen kann, hängt davon ab, zu wie vielen der aufkommenden Abweichungen das Gericht Stellung nehmen kann, d.h. welche Bandbreite die Divergenzrevision hat.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß die nachgeordneten Gerichte die Rechtsauffassung, die der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vertreten hat, für andere Verfahren übernehmen. Der Gewinn für die Rechtseinheit folgt dann aus der Breitenwirkung höchstrichterlicher Urteile. In dem für die Rechtseinheit günstigsten Falle, der vollkommenen Adoption höchstrichterlicher Rechtsansichten durch sämtliche Gerichte, könnte eine Entscheidung eine weitgehende Übereinstimmung der vielfältigen Spruchkörper aller Instanzen und regionalen Zuständigkeitsbereiche herbeiführen.

Die Gefolgschaft der Untergerichte läßt sich aber nicht erzwingen, die Wirkung dieses indirekten Weges beruht allein auf der Überzeugungskraft der letztinstanzlichen Entscheidung. Da die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit aber nur von oben, d.h. vom Bundesgerichtshof, ausgehen kann, muß bei Abweichungen durch die Berufungsgerichte die Möglichkeit der direkten Entscheidungskorrektur in ausreichendem Maße gegeben sein. Die Belastbarkeit des Revisionsgerichts setzt auch hier eine äußere Grenze, deren Überschreitung nicht gefordert werden kann. Andererseits dürfen die Revisionszwecke nicht über Gebühr beeinträchtigt werden, so daß die Entlastung des Bundesgerichtshofes bei noch so restriktiver Handhabung von Zulassung und Annahme vor den elementaren Anforderungen der Rechtseinheit Halt machen muß.

Aus der Sicht zu erstrebender Rechtseinheit in dem oben umrissenen idealisierten Sinne stellt § 546 I, 2 Nr. 2 - um dessen Fälle es hier allein geht - nur Minimalforderungen, die sich auf einen Kernbereich beschränken:

Zunächst wird nur auf die Rechtseinheit innerhalb eines Gerichtszweiges, d.h. hier der Zivilgerichtsbarkeit, abge-

stellt[107]. Weiter wird die innere Einheit des Revisionsgerichts, d.h. die gleichförmige Judikatur seiner Senate, soweit sie die gleichen Rechtsgrundsätze anzuwenden haben, stillschweigend vorausgesetzt[108]. Eine gesonderte Kontrolle ist für diese interne Rechtseinheit nicht mehr vorgesehen, ihr müssen die einzelnen Richter aus eigenem Antrieb gerecht werden.

Weder die Abweichungen von untergeordneten und gleichgeordneten anderen Gerichten, von anderen Senaten des gleichen Gerichts oder von der eigenen Rechtsprechung, noch die Divergenz von noch gültiger reichsgerichtlicher Rechtsprechung zwingen das Oberlandesgericht zur Revisionszulassung, es darf nur dann nicht die Anrufung des Revisionsgerichts versagen, wenn es nicht der Auffassung des Bundesgerichtshofes folgt, wenn also der Kern der Rechtseinheit betroffen ist. Wenn in diesem Bereich die Einheitlichkeit der Rechtsprechung beeinträchtigt wird, ist die Abweichung in jedem Falle von grundsätzlicher Bedeutung[109], da die Übereinstimmung zwischen den Gerichten mit dem gebietsmäßig weitestreichendem Einfluß und der Zentralinstanz die solideste Basis für eine bis zu den Eingangsgerichten reichende Rechtseinheit abgibt.

---

107) Abgesehen von der neu eingeführten Abweichung von einem Urteil des GS-OBG. Tiedemann, MDR 1977, 813 f, erwägt auch dann die Zulassung, wenn der GS-OBG noch nicht Stellung genommen hat, aber zu einer Rechtsfrage eine unterschiedliche Judikatur der obersten Gerichtshöfe besteht, und zwar selbst dann, wenn sich das Berufungsgericht an die Rechtsprechung der zuständigen Revisionsinstanz hält. Diese Fälle werden von dem hier verwandten Divergenzbegriff nicht mehr erfaßt, können aber unter dem allgemeinen Zugangskriterium der grundsätzlichen Bedeutung berücksichtigt werden. In diesem Sinne auch Rönitz, BB 1968, 626; Weyreuther, Rn. 99; Prütting, S. 159.

108) Zu den Schwierigkeiten vgl. oben 4.2.3.

109) Und zwar unabhängig davon, ob das Berufungsgericht bewußt oder irrtümlich abweicht; vgl. dazu die Kritik von Jagusch, NJW 1963, 566, der aufzeigt, daß nach der Rechtsprechung des Wiedergutmachungssenats nur die willentliche Abweichung grundsätzliche Bedeutung habe, da das Oberlandesgericht auch nur dann abweichende Rechtsgrundsätze entwickeln wolle; vgl. BGH RzW 1962, 567 Nr. 39.

Aus gleichen Gründen wäre es gerechtfertigt, bei Abweichungen von anderen Oberlandesgerichten oder von anderen Senaten des gleichen Gerichts[110] grundsätzliche Bedeutung anzunehmen, aber es soll der von § 546 I, 2 Nr. 2 gesteckte Rahmen bei der Annahmerevision nicht überschritten werden, ganz abgesehen von der praktischen Schwierigkeit, sämtliche Divergenzen auf der Ebene der Oberlandesgerichte zu erkennen.

Der Rang der Rechtseinheit würde aber verkannt, wenn eine Divergenz in dem obersten Bereich unüberprüft bleiben könnte, weil sie nicht bedeutsam genug sei. Prütting[111] erkennt richtig, daß das inhaltliche Gewicht des infragestehenden Rechtsproblems gar nicht ausschlaggebend sein kann, weil die Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf dieser Ebene ein eigenständiger Faktor ist, der die grundsätzliche Bedeutung indiziert. Die Wiederholungsgefahr einer Abweichung, d.h. ihre allgemeine Bedeutung für andere gleichgelagerte Fälle, kann kaum ermessen werden, da sich das Recht erst am Beginn einer möglichen Auseinanderentwicklung befindet und das spätere Aufgreifen der neuen Tendenzen durch andere Gerichte nicht vorhergesehen werden kann.

9.2.4. Ergebnis

Es ist somit beim Auftreten einer Divergenz im Sinne des § 546 I, 2 Nr. 2 von dem Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung auszugehen, d.h. der Bundesgerichtshof muß in solchen Fällen die Revision gemäß § 554 b annehmen. Zumindest auf der hier angesprochenen Ebene der Zivilgerichtsbarkeit ist das Vorhaben, die Annahme in das Ermessen der Bundesrichter zu stellen, nicht durchführbar, ohne daß ernsthafte Beeinträchtigungen der Rechtseinheit zu befürchten wären. Ein Verweis

---

110) Die Wahrung der inneren Einheit ist als besonders schwierig anzusehen, weil die Oberlandesgerichte keine Fachsenate bilden - abgesehen von bestimmten Spezialsenaten -, also die Gefahr wesentlich größer ist, daß zwei vollkommen gleichgelagerte Streitigkeiten verschieden beurteilt werden. Zur Revisionswürdigkeit solcher Fälle Kullmann, DRiZ 1973, 185.

111) S. 223. Ebenso Holste, AnwBl 1958, 4: eine einheitliche Auslegung sei für fast alle Rechtsfragen von wesentlicher Bedeutung.

auf die Ermessensannahme, von der die Divergenzrevision sonst abhängig wäre, verbietet sich schon deswegen, weil dann auch der essentiale Bereich der Rechtseinheit von der Arbeitsbelastung des befaßten Senats abhinge.

10. Die Ermessensannahme

10.1. Der Inhalt der Regelung

§ 554 b I bestimmt, daß es dem Bundesgerichtshof freistehe, die Annahme der Revision abzulehnen, sofern er nicht wegen der grundsätzlichen Bedeutung dazu verpflichtet sei. Durch dieses - allein dem Revisionsgericht eingeräumten - Handlungsermessen[1] erfährt das einseitige Prinzip der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung, von dem das Revisionsrecht im übrigen beherrscht wird, eine Abmilderung: innerhalb der Ermessensannahme wird eine allgemeine Bedeutung der Rechtsfrage nicht verlangt. Im Gegensatz zu der Streitwertrevision ursprünglicher Art hängt aber der Zugang zum Revisionsgericht wiederum von einer positiven Entscheidung des befaßten Senats ab.

Die offengelassene Regelung der möglichen Annahmegründe gibt dem Ziel der Reform des Revisionsrechts, den Bundesgerichtshof nachhaltig zu entlasten, seine schärfste Ausprägung. Jeder Senat kann für sich die (zusätzliche) Arbeitsbelastung flexibel steuern und die Weite seines Ermessensspielraums dem Nachlassen oder Anschwellen der Eingänge anpassen. Denn nur soweit Arbeitskapazitäten zur Verfügung stehen, sollen Oberlandesgerichtsurteile[2], die besonders schwere Fehler

---

1) Lässig, NJW 1976, 271; Prütting, S. 275; Bausewein, JZ 1978, 53.
2) Bzw. Landgerichtsurteile im Wege der Sprungrevision (§ 556 a III).

aufweisen, auch ohne grundsätzliche Bedeutung angenommen werden[3]. Für die Annahmeentscheidung muß somit die jeweils gegenwärtige Belastung und das Gewicht des Rechtsirrtums in eine Beziehung gesetzt werden[4]. Wann die Revision angenommen wird, ist für den Rechtsmittelführer kaum vorhersehbar, aber es besteht zumindest die Möglichkeit, daß der Bundesgerichtshof schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Einzelfallgerechtigkeit abhilft.

Die Ermessensannahme wird zusätzlich damit begründet, daß sie auch die Kontrollfunktion verstärke, da die mögliche Überprüfung für die Berufungsgerichte nicht vorhersehbar sei[5]. Das ist für sich allein genommen irreführend, da nur innerhalb des auf die grundsätzliche Bedeutung ausgerichteten Systems die Möglichkeiten der Kontrolle erweitert werden. Im Vergleich zu dem früheren Rechtszustand hat hingegen trotz der Ermessensannahme eine Verengung stattgefunden.

Keine Einigkeit herrscht in der Frage, in welchem Umfange der Bundesgerichtshof von der Ermessensannahme Gebrauch machen sollte. Robert Fischer äußerte die Befürchtung, daß die Entlastung an der natürlichen Sorge der Richter um die Einzelfallgerechtigkeit scheitern könnte[6], die Opposition des Bundestages verlangte hingegen die positive Normierung weiterer Annahmegründe, da bei der jetzigen Gesetzesfassung die Möglichkeit der Ablehnung zu häufig ausgenützt würde[7]. Zwar wurde eine restriktive Annahme-

---

3) Vogel, NJW 1975, 1301; Arnold, JR 1975, 480; Nirk, BB 1975, 1175; Holtgrave, DB 1975, 1686.
4) Stein-Jonas-Grunsky, § 554 b, II 2.
5) Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171.Sitzung, S. 12.005; BT-Dr 7/3596, S. 4.
6) Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 12.
7) Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.000.

praxis als nicht wünschenswert bezeichnet[8], allgemein wurde jedoch angenommen, daß die Ermessensannahme nur wenige Sonderfälle betreffen werde[9].

Die Fragen nach Art und Umfang der Anwendung sind aber zweitrangig, da die Regelung als solche zu ernsthaften Bedenken verschiedener Natur Anlaß gibt[10].

10.2. Die Ermessensannahme aus der Sicht der Parteien

Die Ermessensannahme soll den Zugang zur dritten Instanz für die Fälle gewähren, deren Behandlung keine grundsätzliche Fragen aufwirft und die daher für eine gleichzeitige Wahrnehmung allgemeiner Interessen nichts hergeben. Die Entscheidungen ergehen damit hauptsächlich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit und sollen vor allem dem beschwerten Rechtsmittelführer zugute kommen[11]. Der tatsächliche Wert dieses zusätzlichen Remediums ist daher vorrangig aus der Sicht der beteiligten Parteien zu beurteilen.

Wenn das Maß der Arbeitsbelastung für den Ausgang des Annahmeverfahrens mitbestimmend sein soll, stehen der Herbeiführung einer Sachentscheidung mannigfaltige Unwägbarkeiten gegenüber.

Welche Arbeitskapazität den Senaten verbleibt, um nach ihrem Ermessen weitere Revisionen anzunehmen, wird als erstes durch den in seiner Art stets veränderlichen Geschäftsanfall

---

8) Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 60. Sitzung, S. 98. Holtgrave, DB 1975, 1686, erwartet sogar nach Abbau der Rückstände eine großzügige Handhabung.

9) Das wird durch eine erste Erhebung bestätigt, aus der hervorgeht, daß nur 13 % der Revisionen im Wege der Ermessensannahme angenommen worden sind, siehe Salger/ Münchbach, DRiZ 1977, 265.

10) Die Gewährung größter Ermessensfreiheit, mit der die Steuerung des Geschäftsanfalls begünstigt wird, vermittelt zunächst den Eindruck der "Harmlosigkeit" (so Borck, WRP 1975, 708). Die wahre Tragweite der Gesetzesvorschrift verbirgt sich hinter der einseitigen Betrachtungsweise, die allein auf die größtmögliche Praktikabilität für die Gerichte abstellt, verbunden mit der in Aussicht gestellten zusätzlichen Revisionsmöglichkeit.

11) Arnold, JR 1975, 490; Ullmann, GRUR 1977, 529.

beeinflußt. Maßgebend ist zunächst die Gesamtzahl der nach § 547 unbeschränkt zulässigen und der gemäß § 546 I, 2 zugelassenen Revisionen, bei denen der Bundesgerichtshof das Verfahren eröffnen muß, und im weiteren die Zahl der Verfahren mit einem Wert der Beschwer von mehr als 40.000 DM, die wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache angenommen werden müssen.
Insoweit ist zwar noch eine zahlenmäßige Erfassung möglich, aus der sich nach längerer Zeit wohl gewisse Richtwerte ermitteln ließen, doch böten auch diese nur begrenzte Hilfe, da sich die nächste Frage, mit welchem zeitlichen Aufwand für die Erledigung der statthaften Verfahren zu rechnen sei, einer verallgemeinerungsfähigen Antwort entzieht.

Das eigentliche Problem liegt aber noch nicht einmal in der veränderlichen Belastung, sondern in der zu findenden Konstanten, der Grenze der Belastbarkeit. Es stellt sich daher die Frage, was als Maßstab für die ausgeschöpfte Arbeitskapazität dienen soll. Ist es die Zahl der Neueingänge, der Rückstände, ist es der überstrapazierte Vorsitzende oder Berichterstatter, oder vielleicht der überlange Zeitraum zwischen Revisionseinlegung und Entscheidung ? Das Gesetz gibt keinen Hinweis und auch die Materialien schweigen zu diesem Punkt, sie beschränken sich darauf, die Bedeutung der Entlastung und die Vorteile der elastischen Regelung herauszustellen[12].

Will man trotzdem aufgrund ständiger Zusammenarbeit und guter Verbindungen zwischen Anwaltschaft und Bundesrichtern

---

12) Mag auch z.B. der einzelne Senat berechtigterweise an einem Punkt sagen, mehr Arbeit könne er zur Zeit nicht mehr verkraften, so wird sich doch kaum ein allgemeines Kriterium finden lassen, das wenigstens innerhalb des Bundesgerichtshofes zu einer gleichmäßigen Handhabung führt. Gänzlich unmöglich erscheint es, daß der Anwalt am Bundesgerichtshof seinem Mandanten guten Gewissens die Revisionseinlegung empfehlen kann, wenn sich nicht Anhaltspunkte dafür feststellen lassen, daß der Fall von grundsätzlicher Bedeutung ist. Vgl. dazu auch H.Schneider, NJW 1975, 1540; Nirk, BB 1975, 1174; Ullmann, GRUR 1977, 581; Bausewein, JZ 1978, 55.

auf eine vage Prognose hoffen, muß diese dennoch dem Bereich des Zufalls zugerechnet werden, da nicht nur die Arbeitsbelastung allein den Ausschlag gibt, sondern diese in eine Beziehung gesetzt werden soll zu der Schwere des gerügten Fehlers.

Schon das Gewicht eines Rechtsfehlers zu messen, bereitet Schwierigkeiten. Soll aber die Basis der Annahmeentscheidung aus der integrierten Betrachtung beider - beziehungslos nebeneinanderstehenden - Momente gebildet werden[13], wird der rechtliche Bereich vollends verlassen[14]. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich der Vorwurf der Willkür nicht mehr vermeiden, zumal der Bundesgerichtshof nicht verpflichtet ist, seine Entscheidung zu begründen[15]. Für den Revisionskläger und seinen Anwalt ist der Ausgang des Annahmeverfahrens nicht mehr vorhersehbar, er stellt sich vielmehr als das Ergebnis unwägbarer Zufälligkeiten dar[16].

Die aufgeführten Bedenken sind im Rechtsausschuß und im Plenum des Bundestages nicht unerwähnt geblieben[17], jedoch ging die Mehrheit davon aus, daß eine Einschränkung der Flexibilität der Regelung unzuträglich wäre[18], man

---

13) Etwa nach der Maßgabe, daß ein "besonders schwerer Fehler" eine gewisse Überlastung rechtfertigt.
14) Nirk, BB 1975, 1176; Lässig, NJW 1976, 271; widersprüchlich Baumbach-Lauterbach-Albers, § 554 b Anm. 1 B.
15) Dazu im einzelnen unten 12.1.2.3.
16) Ebenso Lässig, NJW 1976, 270. Dieses wiegt um so schwerer, als die Rechtsmittelführer sich bei Ablehnung der Annahme erheblichen Kosten ausgesetzt sehen: Bei einem Wert der Beschwer von 40.001 DM belaufen sich nur die Gebühren des Gerichts, des eigenen und des regelmäßig schon eingeschalteten Gegenanwalts auf mindestens 5.000 DM. Das Risiko ist noch dadurch erhöht, daß der Revisionskläger auch die Kosten einer wirkungslos werdenden unselbständigen Anschlußrevision (§ 556 II, 2) zu tragen hat; BGH MDR 1977, 295; zustimmend Holtgrave, DB 1975, 1687; dagegen H.Schneider, NJW 1975, 1539 N. 14 a, und Prütting, S. 276, weil der Revisionsbeklagte die Gefahr der Nichtannahme selbst zu tragen habe.
17) Vgl. Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 16, 34, 53 f; 60. Sitzung, S. 98; Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.000 ff; BT-Dr 7/3596, S. 5.
18) Da sich dann in ungeregelten Fällen eine restriktive Annahmepraxis entwickeln würde, Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 98.

aber auch so unterstellen könne, daß die Kontrolle auch auf diesem Wege mit Verantwortung wahrgenommen werde[19] und daß bei groben Gesetzesverstößen trotz des Ermessens mit fast "automatischer" Annahme zu rechnen sei[20].

Dennoch ist verschiedentlich die Entwicklung und Normierung von weiteren Annahmegründen[21] oder zumindest die Herausbildung fester Annahmekriterien durch den Bundesgerichtshof[22] gefordert worden, jedoch ist kaum ein inhaltlicher Vorschlag zu finden, soweit es nicht um die absoluten Revisionsgründe im Bereich des Verfahrensrechts geht[23].

Eine enumerative Aufzählung vor allem besonders schwerer materiellrechtlicher Fehler[24] oder ein allgemeiner, abstrakt normierbarer Maßstab läßt sich nicht vorstellen, so daß bei Beibehaltung des jetzigen Handlungsermessens, bei gleichzeitiger Beachtung von sachlichem Fehler und Grad der Belastung, aus der Sicht der Parteien - in mehrfacher Hinsicht - nur der Zufall über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels

---

19) BT-Dr 7/3596, S. 5.
20) Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 60. Sitzung, S. 98.
21) Heyl, Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 34; Nirk, ebenda, S. 56 f; Abg. Hauser, Sten. Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 98; Prütting, S. 175; dagegen Kullmann, Sten.Prot.d. Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 40.
22) H. Schneider, NJW 1975, 1540; Arnold, JR 1975, 491; Nirk, BB 1975, 1175; Borck, WRP 1975, 709; Ullmann, GRUR 1977, 530 f.
23) Beachtenswert sind die Vorschläge von Ullmann, aaO, der allein auf sachliche Gesichtspunkte abstellt.
24) Zu den Möglichkeiten auf dem Gebiete des Verfahrensrechts vgl. unten 11.3.

entscheiden kann[25]. Es bliebe zu erwägen, ob man nicht eine Ermessensannahme billigen könnte, die allein auf sachbezogenen Gründen basiert. Es wäre allerdings nicht unzweifelhaft, ob sich die sachlichen Erwägungen vollkommen von den Fragen weiterer Belastbarkeit trennen ließen.

Die Arbeitsbelastung muß aber auf jeden Fall als Kriterium außer Acht gelassen werden[26]. Sie darf zwar Motiv des Gesetzgebers sein[27], aber es muß dann seine Aufgabe sein, ihr durch eine eindeutige Regelung Rechnung zu tragen; dem Gericht darf diese individuelle Steuerung nicht überlassen bleiben[28].
Der vollkommen ungeregelte Ermessensspielraum und die damit beabsichtigte Art der Handhabung verhindern schon ein Grundmaß an Rechtsmittelklarheit. Sich auf das mit der Ermessensannahme verbundene Risiko einzulassen, kann einem potentiellen Revisionskläger nicht zugemutet werden. Eine derartige Erweiterung der Revisionsmöglichkeiten muß daher auf erhebliche rechtspolitische Bedenken stoßen.

10.3. Verfassungsrechtliche Bedenken

Verfassungsrechtliche Erwägungen spielten während der Vorarbeiten zu dem Gesetz vom 8.7.1975 kaum eine Rolle, obwohl die getroffenen Regelungen gerade aus dieser Sicht alles andere als zweifelsfrei sind. Die Ermessensannahme muß

---

25) Als erstes ergeben sich Unterschiede in der Ermessenshandhabung zwischen den einzelnen Fachsenaten, da die Geschäftsbelastung verschieden hoch ist und auch über die Grenzen der Belastbarkeit verschiedene Auffassungen bestehen können. Zum zweiten ändert sich der Anfall der Verfahren innerhalb eines Senats, so daß gleich schwere Mängel zu verschiedenen Zeiten einen unterschiedlichen Indikatorwert haben können. Die Zufälligkeit der Annahmeentscheidung wird somit in besonderem Maße durch den Bezug auf die Arbeitsbelastung gefördert; hier verwischen sich die Grenzen der Willkür, das Rechtsmittel kann in seiner Unberechenbarkeit nicht mehr kalkuliert werden. Gleiche Bedenken äußern H.Schneider, NJW 1975, 1540; Lässig, NJW 1976, 271; Ullmann, GRUR 1977, 531; Bausewein, JZ 1978, 55; schwächer Rosenberg-Schwab, § 143, I 3b.
26) A.A. Grunsky, Gutachten, A 57 N. 138.
27) So zutreffend Bausewein, aaO.
28) Ullmann, GRUR 1977, 531: "die Entscheidung muß konjunkturunabhängig sein".

zumindest daraufhin überprüft werden, ob sie sich mit dem Rechtsstaatsprinzip, mit dem Willkürverbot des Art 3 I GG und - trotz der Einräumung eines Handlungsermessens - mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art 101 I, 2 GG vereinbaren läßt.

10.3.1. Rechtsstaatsprinzip

Das Rechtsstaatsprinzip ist ein Verfassungsgrundsatz, der je nach den sachlichen Gegebenheiten einer Konkretisierung bedarf[29]. Eine seiner bedeutendsten Ausprägungen ist der Grundsatz der Rechtssicherheit[30]. Innerhalb des Verfahrensrechts führt diese Leitidee der Verfassung u.a. zu der Forderung nach einem möglichst hohem Maße an Rechtsmittelklarheit.

Wie wenig die Ermessensannahme dem gerecht werden kann, ist soeben unter zunächst nur rechtspolitischen Gesichtspunkten aufgezeigt worden. Die Unwägbarkeiten, die sich daraus ergeben, daß die Revisionswürdigkeit daran beurteilt wird, welches Gewicht einem Rechtsfehler bei Berücksichtigung der gerade gegenwärtigen Arbeitsbelastung beizumessen ist, können damit aber auch unabhängig von rechtspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen kaum gebilligt werden,da die Ermessensannahme in ihrer jetzigen Form gegen einen elementaren Grundsatz des Rechtsstaatsprinzips verstößt.

10.3.2. Art 3 I GG

Die unterschiedliche Geschäftsbelastung der einzelnen Fachsenate wie auch eines Senates zu verschiedenen Zeiten stellt eine veränderliche Grundlage der Ermessensanwendung dar, die demzufolge zu ungleichen Entscheidungen bei gleichen rechtlichen Sachverhalten führen kann. Sofern sich die Ungleichbehandlung nicht auf sachliche Gründe zurückführen läßt, ist das Willkürverbot des Art. 3 I GG betroffen[31].

Entscheidend ist somit, ob sich die Ermessensausübung in der Weise an der jeweiligen Belastung eines Senats bzw. seiner Richter orientieren darf, daß diese in einem Fall zur Ab-

29) BVerfGE 7, 89, 92 f.
30) BVerfGE 2, 403; 3, 237 f; 7, 92 f; 27, 173; 41, 326.
31) BVerfGE 15, 201, ständige Rechtsprechung, zum Verfahrensrecht vgl. insbesondere BVerfGE 42, 72 ff.

lehnung der Annahme führen kann, während sie unter veränderten Verhältnissen bei einem ähnlichen Rechtsfehler die Eröffnung der Revision erlaubt.

Diese Frage läßt sich nicht mit der Lösung des übergeordneten Problems klären, ob die Arbeitsbelastung überhaupt eine Rolle in den Erwägungen des Gesetzgebers spielen darf, d.h. ob er aus Gründen der zu befürchtenden Überbeanspruchung den Zugang zu einer Instanz beschränken darf, etwa in der Form der Streitwertrevision oder aber nach dem Charakter der zu beantwortenden Rechtsfrage. Es ist außer Zweifel, daß die Belastung des Bundesgerichtshofes in den Grenzen gehalten werden muß, innerhalb derer seine Funktionsfähigkeit gesichert ist und die Dauer der Verfahren nicht zu einer Rechtsverweigerung führt. Die bisher getroffenen Beschränkungen lassen sich daher ohne weiteres sachlich begründen[32], zumal sie einer allgemeinen Regelung unterworfen waren[33]. Zwar dient auch § 554 b der Steuerung der Arbeitsbelastung, jedoch mit dem Unterschied, daß hier das Gericht individuell entscheidet, ohne durch ein festes Kriterium gebunden zu sein, das unabhängig von dem Zeitpunkt der Revisionseinlegung und der fachlichen Zuständigkeit eine gleichmäßige Anwendung garantiert. Entscheidungsgrundlage soll vielmehr die in dem maßgeblichen Grenzbereich nicht mehr objektivierbare Erkenntnis sein, zur Zeit nicht mehr Verfahren annehmen zu können[34].

Die Begrenzung des Geschäftsanfalls wie auch die Zuweisung der einzelnen Verfahren nach Maßgabe eines an Fachzuständigkeiten orientierten Geschäftsverteilungsplans gründen sich

---

32) Leibholz-Rinck, Art 3, Anm. 29 a.

33) Ule, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 111, hielt dagegen die Festsetzung der Erwachsenheitssumme für willkürlich.

34) Dieser Gesichtspunkt ist stetem Wandel unterworfen; schon einen Tag nach dem Ablehnungsbeschluß kann sich die Geschäftslage ganz anders darstellen, weil z.B. eine andere Revision zurückgenommen worden ist oder ein anderes Verfahren viel eher spruchreif geworden ist als zu erwarten stand. Gleiche Zufälligkeiten zeigen sich, wenn man mehrere Senate meieinander vergleicht. Der Revisionskläger kann sich den für sein Rechtsmittel zuständigen Senat nicht aussuchen, um so einem überlasteten Kollegium zu entgehen. Es ist daher denkbar, daß seine Revision angenommen würde, wenn er den gleichen Rechtsfehler in einem anderen Sachzusammenhang rügen könnte, weil dann ein anderer Fachsenat, der zur Zeit weniger ausgelastet ist, zuständig wäre. Vgl. dazu H.Schneider, NJW 1975,1540; Lässig, NJW 1976, 271.

auf sachliche Erwägungen. Die in den zahlreichen Grenzfällen zu treffenden Einzelentscheidungen sind aber das Resultat weitgehend willkürlicher Bestimmung[35]. Insbesondere steht die zu überprüfende Rechtsfrage in keinem sachlichen Zusammenhang mit den Faktoren, die für eine Ablehnung der Annahme wegen Überlastung maßgebend sind, d.h. der Zeitpunkt der Revisionseinlegung und die Zuständigkeit eines bestimmten Fachsenats.

Die Berücksichtigung der Arbeitsbelastung ist damit auch deswegen äußerst fragwürdig, weil sie wegen der mangelnden Faßbarkeit der anzuwendenden Kriterien dem Willkürverbot des Art. 3 I GG zuwiderläuft[36].

10.3.3. Art. 101 I, 2 GG

Die Ausübung des Handlungsermessens birgt die Gefahr willkürlicher Entscheidungen - bei Berücksichtigung der Belastung unvermeidlich, im übrigen zumindest nicht ausgeschlossen.

In nahem Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz des Art 3 I GG, aber mit weiterreichenden Folgen, steht der Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I, 2 GG[37], d.h. daß der Gesetzgeber die richterliche Zuständigkeit durch allgemeine Normen zu regeln hat[38]. Dies geht soweit, daß allein die Möglichkeit einer genaueren Regelung die offenere Normierung

---

35) Es wird sich kaum eine sachlich unanfechtbare Begründung dafür finden lassen, warum gerade eine bestimmte Revision nicht mehr angenommen werden konnte und nicht erst die danach eingelegte oder schon die als letzte noch angenommene. Vgl. Borck, WRP 1975, 709; Ullmann, GRUR 1977, 531.

36) Einen gleichen Vorwurf kann jedoch auch eine solche Ermessensannahme treffen, die sich nur an rechtlichen Gründen orientiert,wenn die einzelnen Senate unterschiedliche Kriterien zur Anwendung bringen, da auch in dieser Hinsicht eine Gleichbehandlung zu fordern wäre. Deren Verwirklichung steht zumindest die fehlende Präzisierbarkeit der Ermessensgrundlagen entgegen.

37) Maunz-Dürig-Herzog, Art 101, Anm. 14; Bettermann, Grundrechte, III, 2, S. 556 f; Lässig, NJW 1976, 270; Bausewein, JZ 1978, 55.

38) BVerfGE 40, 360 f; Leibholz-Rinck, Art 101, Anm. 1; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 101, Anm. 8. Zu dem Umfang dieses Prinzips vgl. im allgemeinen Bettermann, Grundrechte III, 2, S. 542 ff, und in Verbindung mit § 554 b neuestens Bausewein, JZ 1978, 53.

rechtswidrig macht[39]; es muß sich also die Zuständigkeit für jeden denkbaren Fall so eindeutig wie möglich aus dem Gesetz ergeben[40].

Die Annahmeentscheidung ist eine Art richterlicher Zuständigkeitsbestimmung[41], auf die Art 101 I, 2 GG anzuwenden ist[42], da mit der Ablehnung die dritte Instanz ausgeschlossen wird[43] und das angefochtene Urteil als letztinstanzliches rechtskräftig wird[44].

Es wäre zu weitgehend, wenn man den Gesetzesvorbehalt des Art 101 I, 2 GG dahingehend auslegen würde, daß jede Abhängigkeit von einer richterlichen Entscheidung dem Verfassungsauftrag widerspräche. Wesentlich ist, inwieweit der Richter gebunden ist: wenn die Kriterien der Zuständigkeitsbestimmung gesetzlich festgelegt sind, so daß die Entscheidung nur einen richtigen Inhalt haben kann wie zum Beispiel bei der Feststellung des Wertes der Beschwer, ist eine entsprechende Norm verfassungsrechtlich unbedenklich. Die jetzige Regelung zeigt jedoch, daß die Grenzen des Möglichen sehr verschwimmen: Das Abstellen auf den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung läßt dem Gericht schon einen sehr großen Spielraum[45], so daß von einer präzisen gesetzlichen Normierung kaum mehr gesprochen werden kann. Verfassungsrechtliche Einwände lassen sich hier nur durch die Unterscheidung von

---

39) Bausewein, JZ 1978, 54 m.w.N.; vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog, Art 101, Anm. 27; BVerfGE 18, 344; 21, 133; dagegen Leibholz-Rinck, Art 101, Anm. 4; auch BVerfGE 25, 336.
40) BVerfGE 27, 34 unter Hinweis auf BVerfGE 21, 145.
41) Prütting, S. 275; Bausewein, JZ 1978, 53.
42) Seit BVerfGE 3, 359, (zuletzt E 40, 271) gilt Art. 101 I, 2 auch für die "Dritte Gewalt", auch wenn die Verfassungsnorm historisch Richteraustauschungen und Manipulationen durch die Exekutive verhindern sollte.
43) Es wird nicht etwa über die Revision selbst entschieden, auch wenn die Nichtannahme von den Beteiligten sachlich als Unterliegen in der höchsten Instanz gedeutet werden wird, Bruns, Rn. 275 b N. 30.
44) Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 554 b verliert nicht dadurch an Gewicht, daß das Grundgesetz im Rahmen der Rechtsweggarantie des Art 19 IV keinen Anspruch auf den Zugang zu einer dritten Instanz gewährt, da der Gesetzgeber bei Einrichtung eines Instanzenzuges auf jeder Ebene an Art. 101 I, 2 gebunden ist. Dazu Maunz-Dürig-Herzog, Art. 101, Anm. 34.
45) Vgl. oben 9.1.4.

dem bei der grundsätzlichen Bedeutung anzuwendenden Beurteilungsermessen und dem Handlungsermessen auf der Rechtsfolgenseite vermeiden[46].

§ 554 b gewährt jedoch eindeutig ein Handlungsermessen, wenn nicht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache die Ablehnung verbietet. Die Zivilprozeßordnung gibt keinerlei Anhaltspunkte, wie die Entscheidung auszufallen hat, die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes ergibt sich erst aus dem Richterspruch. Durch diese Regelung ist die dem Gesetzgeber vorbehaltene Entscheidung dem Gericht übertragen worden; es ist dadurch in der Lage, seine aus dem Einzelfall abgeleiteten Kriterien an die Stelle der fehlenden normativen Bestimmungen zu setzen[47].

Wenn dem Bundesgerichtshof ein solcher Freiraum belassen bleibt, ist der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen Art 101, I,2 GG unvermeidlich[48].

---

46) Vgl. aber die ungenaue Formulierung in BVerfGE 19, 323 (328), in der nur von der Möglichkeit des Ermessens gesprochen wird. Lässig, NJW 1976, 271, versteht darunter auch die Möglichkeit des Handlungsermessens, während Bausewein, JZ 1978, 54, die Entscheidung so interpretiert, daß das Bundesverfassungsgericht nur die Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung gebilligt hat.

47) Vgl. zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die bei Bausewein, aaO, aufgeführten Fälle mit ähnlicher Problematik: § 25 Nr. 2 c GVG a.F., der dem Staatsanwalt ein Antragswahlrecht zwischen Amts- und Schöffengericht gab, dazu BVerfGE 22, 254; § 74 I GVG iVm § 24 I Nr. 3 GVG, dazu BVerfGE 9, 223; § 354 II StGB a.F., der dem Bundesgerichtshof bei der Zurückverweisung an das Berufungsgericht freistellte, ob er an ein anderes Gericht zurückverweisen wollte oder an das, dessen Entscheidung kassiert wurde, dazu BVerfGE 20, 336.
Prütting, S. 249 ff sieht unmittelbare Parallelen zu dem Ermessensspielraum des § 554 b in der Regelung des § 348 I ZPO und der Möglichkeit der Grundsatzvorlagen in §§ 137 GVG, 45 II, 2 ArbGG, 11 IV VwGO, 11 FGO, 43 SGG und 18 IV WBO.

48) Ebenso Lässig, NJW 1976, 271; Jauernig, § 74 II 2; Prütting, S. 275; Bausewein, JZ 1978, 55. Ullmann erhebt keine verfassungsrechtlichen Einwände, wenn nicht die Arbeitsbelastung als Ablehnungskriterium herangezogen wird, GRUR 1977, 531.

10.4. Ergebnis

Das dem Bundesgerichtshof in § 554 b eingeräumte Handlungsermessen erscheint sowohl aus rechtspolitischen wie aus verfassungsrechtlichen Gründen unhaltbar. Die an sich wünschenswerte Abmilderung des einseitigen Prinzips, nur bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache die dritte Instanz zu eröffnen, läßt sich auf diese Weise nicht herbeiführen, da die Nachteile das Mittel nicht mehr rechtfertigen. Die Annahmerevision muß daher auf ein derart flexibles Moment verzichten, sie muß wie die Zulassungsrevision durch feste Revisionsgründe geregelt werden.

11. Die Berücksichtigung der Verfahrensrevision

Die Revision wegen eines Verstoßes gegen ein Verfahrensgesetz erfährt im Rahmen der neugefaßten Zugangsgründe keine gesonderte Regelung, sie ist wie jede materiellrechtliche Revision von der Zulassung oder - bei Erreichung der Erwachsenheitssumme - von der Annahme wegen grundsätzlicher Bedeutung abhängig. Die in § 554 b vorgesehene Möglichkeit, das Rechtsmittel nach dem Ermessen des Gerichts auch dann anzunehmen, wenn die Entscheidung keine über den Einzelfall hinausreichende Wirkung hat, kann im Folgenden nur noch als Teil der gesetzgeberischen Konzeption Berücksichtigung finden, für die eigentliche Bewertung des Revisionszugangs muß sie wegen der rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken außer Acht bleiben[1].

Die Verfahrensrevision ist somit äußerlich nicht anders von den Entlastungsmaßnahmen betroffen als die materiellrechtlichen Revisionen. Der Fassung des Gesetzes liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Revision ein einheitliches Gebilde sei, innerhalb dessen zu unterschiedlicher Behandlung kein Anlaß gegeben sei[2]. Es bedarf jedoch einer Klärung, ob diese Lösung, die sich eindeutig an den Belangen der Sachrügen orientiert hat, die besondere Funktion und Eigenarten der Verfahrensrevision genügend berücksichtigt hat.

---

1) Obwohl gerade die Ermessensannahme der Korrektur von Verfahrensmängeln besonderen Raum geben sollte; vgl. BT-Dr 7/3596, S. 4.
Dem entspricht auch der erste statistische Überblick bei Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265, aus dem hervorgeht, daß die Annahme aus sonstigen Gründen ausschließlich wegen der möglichen Verletzung des Verfahrensrechts erfolgte.

2) BT-Dr 7/444, S. 23; Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 62. Sitzung, S. 43 f. Im Schrifttum wird die Ansicht u.a. von Stein-Jonas-Grunsky, I, 2, vor § 545; Gottwald, S. 89; Prütting, S. 188, vertreten. Ebenso äußerte sich Dapprich, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 114. Dagegen insbesondere Schwinge, S. 34 f; Duske, S. 97 f; Bruns, Rn. 273 a.

11.1. Die Zwecke der Verfahrensrevision

Wenn mit dem Rechtsmittel der Revision eine Verfahrensrüge nur unter den gleichen Bedingungen wie eine Sachrüge geltend gemacht werden kann, muß vorausgesetzt werden, daß sich die für die materiellrechtliche Revision entwickelten Zwecke übertragen und auch hier verwirklichen lassen.

Mit der höchstrichterlichen Entscheidung über eine Sachrüge soll im Wege der Kontrolle - als dem übergeordneten Rechtsmittelzweck[3] - zunächst ein Fehler in der Anwendung oder Auslegung eines Rechtssatzes beseitigt werden. Die - unbestreitbar im Interesse der betroffenen Partei ergangene - Entscheidung soll darüber hinaus[4] im Idealfall von den Untergerichten aufgenommen werden und damit zur Vereinheitlichung des Rechts beitragen oder eine rechtsfortbildende Entwicklung einleiten oder fördern, d.h. der Bundesgerichtshof soll zugleich im Allgemeininteresse seine Leitfunktion für den gesamten Gerichtszweig erfüllen.

Die Verfahrensrevision läßt insoweit eine Gleichstellung zu, als auch eine Kontrollaufgabe wahrgenommen wird, die die Beurteilung einer Rechtsfrage zum Gegenstand hat[5], da ebenso wie im materiellen Recht eine Gesetzesverletzung den Anlaß der Nachprüfung bildet[6]. Damit ist aber lediglich die Revision im allgemeinen abgegrenzt; weitere Schlüsse lassen sich daraus nicht ziehen.

11.1.1. Die Grundlagen der Untersuchung

11.1.1.1. Die Funktion der Verfahrensgesetze

Die Anwendung des Prozeßrechts, d.h. die Beachtung der in der Prozeßordnung niedergelegten und der ungeschriebenen prozessualen Rechtssätze sowie Regeln der Logik und Erfahrung,

---

3) Siehe oben 5.3.1.
4) Bruns, Rn. 274 d.
5) Darauf stützt sich insbesondere Prütting, S. 188.
6) Bruns, Rn. 273 a.

wirkt beim Judizieren auf die Ermittlung des richtigen Sachverhalts, gleichgültig, ob die Vorschriften der Gewinnung des Tatsachenbildes direkt dienen oder zu ihr nur mittelbar beitragen[7].

Der Tatrichter befindet sich in einer ganz anderen Lage als bei der Anwendung von Beurteilungsnormen, mit denen er den festgestellten Sachverhalt würdigt, da es nicht um die Anwendung, sondern um die Befolgung von Verfahrensgesetzen geht[8]. Unabhängig von der Erfahrung, daß die Tatfrage für das Prozeßergebnis in der Regel viel entscheidender ist als die Rechtsfrage[9], hat die Kontrolle des Verfahrensherganges ein besonderes Gewicht, da eine materiellrechtlich fehlerfreie Entscheidung ohne Gewinn ist, wenn sie von einem falschen Sachverhalt ausgeht[10].

Daraus folgt, daß die Verfahrensregeln und damit auch die Verfahrensrevision auf einer Ebene liegen, die das Fundament aller Prozesse bildet, weil erst die stete Überwachung der Befolgung der Prozeßgesetze die Basis für die Anwendung materiellen Rechts sein kann.

11.1.1.2. Fehlermöglichkeiten und ihre Überprüfbarkeit

Die Verfahrensregeln, deren Statthaftigkeit in Frage steht, lassen sich auf verschiedene Schwerpunktgruppen verteilen:

(1) Rügen von Fehlern, die sich aus einem Verstoß gegen prozessuale Formen ergeben;
(2) Rügen, die im Zusammenhang mit Fragen der Beweiswürdigung stehen;
(3) insbesondere Rügen, die sich gegen eine falsche Beurteilung der Beweisführungslast wenden[11]; zu ihr zu

---

7) Wie etwa der Grundsatz der Unmittelbarkeit; vgl. dazu den Beispielsfall in 11.1.3.
8) Pohle, Gutachten, S. 11, 42, 43.
9) Pohle, Gutachten, S. 39.
10) Bruns, Rn. 276 b.
11) Die Grundsätze der subjektiven Beweislast beeinflussen die Beweiswürdigung insofern, als der Richter eine unrichtige Vorstellung von der Beweislastverteilung hat, so daß durch die vorliegenden Beweisgründe ein Tatbestandsmerkmal mangels Gegengründen bereits als bewiesen angesehen werden könnte. Vgl. auch Rosenberg, Beweislast, 5. Aufl., S. 62 ff.

zählen sind auch die Regeln des prima-facie-Beweises[12];

(4) Rügen, die das materielle Prozeßrecht betreffen.

Die letzte Gruppe ist von den vorhergehenden zu scheiden. Den anderen Untergliederungen ist es gemein, daß sie Rechtssätze des formellen Prozeßrechts zum Gegenstand der Nachprüfung haben. Im Unterschied dazu sind hierher die prozeßrechtlichen Regeln zu zählen, die in ihre Begründungszusammenhänge Rechtssätze des materiellen Rechts einbeziehen. Ihr Bereich bildet die Brücke zum materiellen Recht. Es gibt allerdings keine sichere Grenze, was danach noch zur Voraussetzung, was zum Inhalt zu rechnen ist[13]. Maßstab dafür, ob eine Frage der Kontrolle des Verfahrens selbst oder inhaltlicher Kontrolle unterfällt, ist der Standort der Wertung[14]. Dem materiellen Prozeßrecht ist die Summe der Regeln zuzuordnen, die sich auf das Obsiegen der einen oder der anderen Partei beziehen, d.h. die "statistischen"[15] Grundsätze der objektiven Beweislast[16]; weiterhin die Einwirkungen des Prozeßbeginns und -endes auf die materiellen Rechtsverhältnisse und schließlich die Auslegung prozessualer Willenserklärungen. Die materiellrechtlichen Fragen sind aber nicht anders zu behandeln als sonst, daher ist die letzte Gruppe für die weitere Untersuchung ohne Belang.

Der Kreis der überprüfbaren Verfahrensfehler ist von vornherein in doppelter Weise eingeschränkt[17].

---

12) Die Gruppe (3) ist mit der vorherigen systematisch eng verbunden, soll jedoch wegen ihrer Eigenart gesondert behandelt werden.

13) Oertmann, § 19, 2.

14) Vgl. dazu Bruns, AcP 151, 187. - Der Wiederaufnahme eines Verfahrens ist so z.B. vorgelagert die Voraussetzung, daß ein Wiederaufnahmegrund existiert. Sie erfordert, obwohl im weiteren nur noch formales Erfordernis, zunächst selbst eine inhaltliche Prüfung und gehört in diesem Fall zum materiellen Prozeßrecht.

15) Bruns, Rn. 171.

16) Rosenberg, Beweislast, S. 77 f; A.Blomeyer, § 69 II; Bruns, Rn. 170 b. Zu der Trennung von subjektiver und objektiver Beweislast vgl. Bruns, Rn. 169-171; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 282 IV 1 b; Musielak, S. 32 ff.

17) Unberücksichtigt, aber auch für das weitere ausgeschlossen bleibt der Weg, daß die Korrektur eines Verfahrensfehlers aufgrund des Zusammentreffens mit einer Sachrüge ermöglicht wird; dazu Bruns, Rn. 265 a, 278.

Während der Bundesgerichtshof bei Sachrügen weder daran gebunden ist, was der Rechtsmittelführer in seinem Streitfall für grundsätzlich erachtet[18], noch im allgemeinen auf die geltend gemachten Revisionsgründe festgelegt ist (§ 559 I), gebietet die Verfahrensrevision die Beschränkung der Untersuchung auf speziell gerügte Mängel (§§ 559 II, 2, 554 III Ziff. 3 b, 556 II, 3), da die Einzelrechtssatzqualität der Verfahrensnormen die Korrektur des einzelnen Verstoßes verlangt.
Zusätzlich muß die Verletzung der gerügten Norm für das Ergebnis kausal sein, zumindest darf die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sein[19]. Mehr wird man nicht verlangen können, da nur ein bestimmter Teil der Sachverhaltsermittlung betroffen sein wird, so daß es sich nur um ein Wahrscheinlichkeitsurteil handelt[20].

11.1.2. Grundsätzliche Bedeutung bei Verfahrensfehlern

Die revisionsgerichtliche Kontrolle, die sich gegen das inkorrekte Sachverhaltsbild wendet, müßte nun, will man sie - so die Sicht des Gesetzgebers[21] - mit den materiellrechtlichen Verfahren vergleichen, in gleicher Weise auf diejenigen Fragen beschränkt werden können, die neben der gerechten Einzelfallentscheidung auch einen Nutzen für die

18) Das Gericht kann ganz andere Fragen, die erst im Revisionsverfahren zu Tage gefördert werden, für grundsätzlich halten und erörtern, obwohl sie von dem Revisionskläger gar nicht gesehen wurden.
19) Das ist z.B. bei Mängeln der Verkündung des Berufungsurteils so gut wie ausgeschlossen, BGHZ 14, 46 (49 f.); 41. 254.
20) Vgl. Bruns, Rn. 276 b. Grundsätzlich davon auszugehen ist nur bei der Verletzung der Vorschriften, die sich aus § 551 Nr. 1-7 ergeben. Zur Rechtsprechung vgl. Bruns, aaO, N. 45.
Für das sachliche Recht stellt sich die Kausalitätsfrage dagegen nicht, da das Urteil nicht auf der fälschlichen Anwendung eines materiellen Rechtssatzes beruht, sondern aus ihr folgt; ob der Richter tatsächlich anders entschieden hätte, bleibt dagegen offen. Von Bedeutung ist nur, ob das Urteil bei gleichbleibendem Sachverhalt unrichtig ist (§ 563).
21) Vgl. N. 2.

Rechtsfortbildung und die Rechtsvereinheitlichung erwarten lassen, d.h. die Entscheidungen müssten der gleichen Wirkung fähig sein und auch nur auf diese abzielen.

Auch auf dem Gebiet des Prozeßrechts kann die Rechtseinheit gefährdet oder noch nicht hergestellt sein, wenn bestimmte Vorschriften sachliche Zweifel an ihrer Auslegung aufwerfen[22], so daß an der Klärung ein grundsätzliches Interesse besteht. Die Sätze müssen nicht unbedingt der Prozeßordnung selbst entstammen. Gerade die Regelform ungeschriebenen Prozeßrechts kann Anlaß zu Zweifeln bieten; gerade hier bedarf es bestimmter Richtlinien, deren gleichmäßige Beachtung der Allgemeinheit dient.

So kann innerhalb der oben erstgenannten Gruppe die Frage erhoben werden, welches Gewicht prozessualen Formvorschriften beigemessen werden muß, die zwar auf den Verfahrensgang Einfluß nehmen, aber die durch die Fortentwicklung des Prozesses an Bedeutung verlieren[23].

Aufgabe des Bundesgerichtshofes wäre es hier, Regeln zu entwickeln, wie weit die Möglichkeiten der Heilung reichen können. Derartige Erwägungen erschöpfen sich nicht in der Klärung von Einzelfällen, da nicht eine Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Formmängeln getroffen werden soll, sondern inwieweit sich die "prozessualische Überholung" neben Verzicht und Verpassen der Rüge (§ 295 I) durch Erreichung des mit der Formvorschrift beabsichtigten Zwecks rechtfertigen läßt[24].

---

22) Schwinge, S. 219; Gottwald, S. 89; Bruns, Rn. 273 a.
23) Dazu Bruns, Rn. 101 a, vgl.insbesondere die dort aufgeführten Beispiele.
24) Bruns, Rn. 18 a. Vgl. die Untersuchung von Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973, der am Beispiel der prozessualen Schriftform den "Formformalismus" in der Rechtsprechung darstellt, insbes. S. 356 ff.

Insbesondere ergeben sich Abgrenzungsprobleme, inwieweit das öffentliche Interesse die - von der Prozeßentwicklung losgelöste - Beachtung der Formen gebietet, wenn die durch die Formstrenge angestrebte Rechtssicherheit höher zu bewerten ist als die Durchsetzung des materiellen Rechts[25].

Auch bei der nächsten systematischen Gruppe - den Revisionen, die Fehler in der freien richterlichen Beweiswürdigung rügen - öffnet sich ein Feld für grundsätzliche Entscheidungen. Das beanstandete Urteil über die Wahrheit der tatsächlichen Behauptung[26] kann in den Grundlagen der Entscheidung Fehler aufweisen[27] oder aber auf falschen Schlüssen aus den Grundlagen beruhen.

Das Gericht ist bis auf Ausnahmefälle (§ 286, 2)[28] nicht an feste Beweisvorschriften gebunden[29], sondern schöpft - neben der Anwendung einiger durch die Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelter Regeln[30] - aus den Sätzen der Logik und Erfahrung, denen sich § 286 öffnet[31].

Sofern diese in dem angefochtenen Urteil Ausdruck gefunden haben (§ 286 I, 2), kann ihre Anwendung oder ihr Übersehen wegen Verletzung von § 286 durch spezielle Rüge angegriffen werden[32]. Aufgabe des Revisionsgerichts ist es zu beurtei-

---

25) Vgl. RGZ 102, 278; 105, 427; 106, 265; 151, 85; BGHZ 10, 359.
26) D.h. nicht nur die Würdigung eines angetretenen Beweises, sondern der Übereinstimmung der vorgetragenen Tatsachenhypothese mit der Wirklichkeit.
27) Z.B. durch Nichtzulassung verspäteten, aber entscheidungserheblichen Prozeßmaterials (§§ 527, 528 iVm 273 II Nr.1, 275 I, 1, III, IV, 276, I, 2, III,277). Zu den Bedenken gegen eine Nichtzulassung Bruns, Festschrift f. Liebman, 1979, insbes. N. 16.
28) Zum Beispiel §§ 165, 314, 415 - 418.
29) Im Gegensatz zum kanonischen und gemeinen Recht, siehe A.Blomeyer, § 18 I.
30) Z.B. die Regeln der Beweisführungslast, Schwinge, S. 159, insbes. die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins.
31) Dazu allgemein BGHSt 6, 70.
32) Zur Revisibilität von Erfahrungs- und Denkgesetzen innerhalb der Beweiswürdigung Heinsheimer, Festschrift f. F. Klein (1914), S. 135 f; J.Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. (1932), S. 224; Schwinge, S. 159 ff; A.Blomeyer, § 164 III 3 c; ders., Gutachten, S. 44; Henke, Tatfrage, S. 89; Rosenberg-Schwab, § 116 II 1; § 144 I 4; Gottwald, S. 171; Bruns, Rn. 276 b; BGH NJW 1951, 558; 1954, 550; 1973, 1411.

len, ob z.B. ein solcher Erfahrungssatz richtig erkannt worden ist. Wenn er wegen seines allgemeinen Charakters auf spätere Erkenntnisse einwirken kann, hat ein Verstoß grundsätzliche Bedeutung[33].

Im Gegensatz zur Gültigkeit wissenschaftlicher Erfahrungswerte[34], die ohne wissenschaftliche Gutachter in der Rechtsinstanz nur begrenzt überprüfbar sind[35], gestatten es jedoch diejenigen Regeln, die der Beobachtung des täglichen Lebens entstammen, dem Richter, allein auf dieser Grundlage etwas für bewiesen anzusehen, daß z.B. marktgängige Waren zum Marktpreis verkauft werden[36] oder daß der Gläubiger einer unsicheren Hypothek den persönlichen Schuldner nicht ohne weiteres freigibt[37].

Die dritte Gruppe - die Fragen der Beweisführungslast (subjektive Beweislast) - steht in nahem Zusammenhang mit den Regeln der Beweiswürdigung[38].

Die Beurteilung der Beweisführungslast hat für den Fall besondere Bedeutung, daß schon ein gewisses Beweismaterial vorliegt, das - im Laufe der Prozeßentwicklung erhoben - die Beweisführungslast vom Ausgangsbelasteten auf den Gegner verlagert. Es ist dann Aufgabe des Prozeßgegners, die Annahme der Tatsache zu entkräften, da andernfalls das in Frage stehende Tatbestandsmerkmal mangels Gegengründen als bewiesen angesehen werden könnte.

Im Sinne einer richtig verstandenen Rechtseinheit ist es Aufgabe des Revisionsgerichts, anhand geeigneter Fälle[39]

---

33) Vgl. auch die Beispiele bei Schwinge, S. 160.
34) Z.B. das System der "Sauren Erythozyten-Phosphatasen" (SEP) im Rahmen der Vaterschaftsfeststellung, BGH NJW 1973, 1411.
35) Dazu Gottwald, S. 171 ff; vgl. auch Bruns, ZZP 91, 67.
36) RGZ 101, 218; 105, 286.
37) RG LZ 1921, 221.
38) Vgl. oben N. 11.
39) Vgl. die Beispiele bei Bruns, Rn. 171 a. Insbesondere im Rahmen des Urkundenbeweises (§ 415 ff) spielt die Beweiskraft einer Urkunde eine erhebliche Rolle für den Wechsel der Beweisführungslast. Vgl. aus der Rechtsprechung RG 105, 258; RG HRR 1930, 1864; BGH VersR 1964, 405.

die für den Ausgang des Verfahrens bedeutsamen Entscheidungen über die Veränderlichkeit der Beweisführungslast auf eine sichere Basis zu stellen[40]; nur so können die Gerichte ihrer Pflicht aus § 139 I gerecht werden, die jeweils beweisbelastete Partei zur Bezeichnung der Beweismittel anzuregen[41].

Ein dieser Gruppe zuzuordnendes besonderes Gebiet für allgemein bedeutende Entscheidungen tut sich da auf, wo sich die Beweisführungslast durch die Behauptung eines typischen Geschehensablaufs verändert, d.h. für die Fälle, in denen sich die Änderung aus dem Ergebnis eines prima-facie-Beweises ergibt[42]. Grundsätzliche Bedeutung kommt der Beurteilung der Frage zu, inwieweit ein typischer Geschehensablauf anzunehmen ist[43], der z.B. den Beweis einer bestimmten Ursache ermöglicht, sofern das Gericht von einer bestimmten Tatsache ausgehen kann[44].

Nach allem ergibt sich, daß sich auch innerhalb der revisionsgerichtlichen Verfahrenskontrolle Fragen stellen, die - entsprechend dem für das materielle Recht geprägten Begriff - von grundsätzlicher Bedeutung sind[45].

Allein die Möglichkeit, daß auch im Wege der Verfahrensrevision der Rechtseinheit gedient werden kann, beweist aber noch nicht die Identität der Revisionszwecke[46], da noch die

---

40) Vgl. zu den bisherigen Ergebnissen im Schrifttum Bruns, Rn. 169 b/c.
41) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 282 IV 1 b.
42) Vgl. dazu allgemein Kollhosser, AcP 265, 46 ff; G.Walther, ZZP 90, 270; RGZ 130, 359; BGHZ 2, 5; BGH NJW 1966, 1264; 1968, 2139; 1969, 1709.
43) Vor der Überschätzung solcher Vermutungen ist aber zu warnen, Bruns, Rn. 171 c. Kritisch auch Kegel, Festgabe für Kronstein (1967), S. 328.
44) Vgl. im einzelnen die Beispiele bei Rosenberg, Beweislast, S. 183; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 282 IV 7 a bb; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Anhang 3 C zu § 282.
45) Dapprich, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 114 wollte dagegen gerade bei Fehlern der Tatsachenfeststellung, der Beweiserhebung und -würdigung die Revision generell versagen. Kullmann, DRiZ 1973, 187, plädiert gleichfalls für eine Beschränkung der Verfahrensrügen, insbes. hinsichtlich der Beweisregelung.
46) Gottwald, S. 89, leitet dagegen aus diesem Gesichtspunkt verallgemeinernd her, die Revisionsarten gleich behandeln zu können.

Bedeutung derjenigen verfahrensrechtlichen Entscheidungen in Frage steht, denen nach der bisherigen Definition kein grundsätzliches Interesse zukommt.

11.1.3. Fehlen der grundsätzlichen Bedeutung als Regelfall

Die bisher getroffenen Feststellungen reichen also noch nicht für die Bestätigung der Auffassung, daß die Verfahrensrevision wegen der notwendigen Entlastung überall dort aufgegeben werden könne und auch aufgegeben werden müsse, wo sie nicht in gleicher Weise wie die materiellrechtliche Revision den Allgemeininteressen zugute komme[47].

Dagegen spricht vor allem, daß eine große Anzahl von Fragen der Verfahrenskontrolle in den oben aufgezeigten Bereichen jeder Verallgemeinerungsfähigkeit entbehren kann, ja daß es eher als Regelfall anzusehen ist, daß die Korrektur eines irrtümlichen, d.h. unbeabsichtigten Fehlers in der Anwendung des Prozeßrechts verfolgt wird[48], die weder der Rechtseinheit noch der Rechtsfortbildung Nutzen bringt[49].

Hinzu kommt, daß Sachfragen - wenn vielleicht auch unter verschiedenen Aspekten - in der Regel schon zweimal verhandelt worden sind, während Verfahrensfragen ausschließlich Fehler des Prozedierens in der Berufungsinstanz zum Inhalt haben[50], die nicht auf einer besonders begründeten Ansicht des Gerichts basieren. Das hat hier vor allem dann maßgebliche Bedeutung, wenn dadurch die für den Bundesgerichtshof unveränderbaren tatsächlichen Feststellungen berührt worden sind, weil dann eine prozeßordnungsmäßig richtige Entscheidung nicht mehr möglich ist.

---

47) So aber R. Fischer, Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 12; ebenso Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.002. Vgl. auch die Vorschläge zur Begrenzung der Verfahrensrevision wegen des mangelnden Nutzens für die Rechtseinheit bei Adickes (1906), S. 34, und Hamm, Gutachten zum 29. DJT (1908), 3.Bd., S. 39.

48) Duske, S. 135; Heusinger, ZZP 76, 329; Prütting, S. 188.

49) Baur, ZZP 71, 166; für die Annahmerevision Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265.

50) Die möglicherweise schon in der ersten Instanz unterlaufen, aber vom Berufungsgericht fortgesetzt worden sind.

Es ist ohne weiteres einsichtig, daß innerhalb der ersten Gruppe der oben getroffenen Einteilung nicht jede Korrektur eines Formfehlers grundsätzliche Bedeutung im herkömmlichen Sinne haben kann. Wenn zum Beispiel die Rüge zum Inhalt hat, daß das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei, steht die mangelnde Heilbarkeit des Fehlers außer Zweifel (arg § 551 Nr. 1), ein grundsätzliches Urteil über die Tragweite der Formnorm wäre überflüssig.

Gleiches läßt sich für die Fälle sagen, die die Anwendung einer bestimmten Formvorschrift ins Ermessen des Gerichts stellen: Soweit Ermessensentscheidungen in Verfahrensfragen nicht jeder Anfechtung entzogen sind[51], kann immerhin Ermessensmißbrauch oder die Ermessensüberschreitung gerügt werden[52].

Als Beispiel sei genannt ein Ausschnitt des Sachverhalts, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in FamRZ 1965, 137 zugrunde liegt. Das Oberlandesgericht Köln ließ dort einen nur 20 km entfernt wohnenden Zeugen von einem gemäß § 375 I 3 ersuchten Amtsgericht vernehmen, das selbst 5 km von dem Wohnort des Zeugen entfernt lag. - Die Vernehmung hätte ohne jeden Zweifel in Köln stattfinden müssen, das Oberlandesgericht hatte sein ihm gewährtes Ermessen eindeutig mißbraucht[53]. In einem solchen Falle wäre eine Rüge aufgrund der §§ 355, 375 wegen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes möglich[54]. In welchem Maße die Tatsachenermittlung davon abhängen kann, ob die Beweisaufnahme einem Richterkommissaar übertragen wird oder nicht, zeigt schon die Tatsache, daß das prozedierende Gericht für seine Beweiswürdigung allein auf das schriftliche Vernehmungsprotokoll angewiesen ist, ohne sich ein Gesamtbild von dem Zeugen machen zu können[55]. Zwar ist es von eminenter Wichtigkeit, die mittelbare Beweisaufnahme soweit wie möglich

---

51) Z.B. bei der Zulassung der Klageänderung.
52) Bruns, Rn. 277 a.
53) In dem zitierten Fall ging der Bundesgerichtshof auf diesen Verfahrensverstoß nicht ein, weil der Mangel durch Verpassen der Rüge (§ 295) geheilt war; dazu BGHZ 40, 179 (183).
54) § 355 II steht dem nicht entgegen; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 375, 3.
55) Nicht umsonst sollen die Ausnahmen des § 375 eine zurückhaltende Anwendung finden; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 375, 1.

einzuschränken[56], aber dennoch kann hier die Einzelentscheidung keine grundsätzliche Bedeutung haben, da sie zu sehr von den konkreten Umständen abhängt.

Auch innerhalb der anderen Gruppen geben prozeßrechtliche Verstöße Anlaß zur Korrektur, die zwar für die Tatsachenermittlung gleichermaßen wichtig sind, aber nach der gebräuchlichen Vorstellung von grundsätzlicher Bedeutung nicht zur Revision führen könnten, da sie nur für den konkreten Rechtsstreit von Belang sind.

Aus dieser Sicht müßte denjenigen Fragen der Beweiswürdigung die Revisionsfähigkeit abgesprochen werden, die sich auf Fehler gründen, welche entweder so evident sind, daß sich eine weitere Entscheidung aus grundsätzlichen Erwägungen erübrigt, oder die sich nur in der unrichtigen Anwendung eines für sich unzweifelhaften und zutreffend erkannten Erfahrungssatzes erschöpfen[57].

Die hier getroffene Unterscheidung grundsätzlicher und nicht grundsätzlicher Fragen würde allerdings hinfällig sein, wenn man wegen der besonderen Funktion der Verfahrensrüge den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung dahingehend ausweiten würde, daß jeder entscheidungserhebliche Prozeßfehler darunterfiele.

Auch wenn man das mit dem allgemeinen Interesse an fehlerfreien Verfahren begründen wollte, würde übersehen, daß nach der bisher verwandten Umschreibung die Rechtssache selbst, d.h. hier die Klärung eines verfahrensrechtlichen Problems, grundsätzliche Bedeutung haben muß, während die letztgenannten Fälle nur wegen der Art der Handhabung im

---

56) Vgl. die Nachweise in BGH FamRZ 1965, 138.

57) BVerwG NJW 1972, 1482 (1483). Vergleiche auch die Ausführungen von Möhring, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 69 f: Ein Gericht hat ohne weiteren Bescheid zu einem Beweisantrag einen Zeugen nicht vernommen. Daß damit gegen einen allgemeinen Grundsatz des Beweisrechts verstoßen worden ist, läßt noch nicht auf eine grundsätzliche Frage schließen, da der Grundsatz als solcher unbestritten ist. Das verkennt H.Arndt in seiner Entgegnung, aaO, E 89 f.

allgemeinen von öffentlichem Interesse sind. Eine solche Aufweichung kann aber im Hinblick auf die ohnehin offene Definition nicht zugelassen werden. Zudem darf nicht außer Acht bleiben, daß sich mit dem Begriff der grundsätzlichen Bedeutung mittlerweile bestimmte, wenn auch kaum abstrahierbare Vorstellungen verbunden haben und auch das Gesetz einen bestimmten Rahmen voraussetzt, der mit dieser Überdehnung gesprengt würde.

11.1.4. Bedeutung der Verfahrensrevision für die Allgemeinheit

Wollte man aber daraus, daß ein großer Teil der Verfahrenskontrollen keine grundsätzliche Bedeutung im herkömmlichen Sinne hat, schließen, daß die Verfahrensrevision nur ein Unterfall im Rahmen der Einzelfallgerechtigkeit sei, der nur in Verbindung mit allgemein interessierenden Fragen berücksichtigt werden könne, würde man die Stellung des Prozeßrechts verkennen und damit seinen Rang unterschätzen[58].

Solange man die Bedeutung der Verfahrenskontrolle nur aus der Sicht des Einzelnen betrachtet, muß der Unterschied zur Sachrüge unklar bleiben, denn nach den Zielen der Parteien läßt sich kein Unterschied zu dem Interesse an fehlerfreier Anwendung des materiellen Rechts feststellen, da es für die Prozeßparteien nur auf die richtige Entscheidung als solche ankommt[59].

Ihr eigentliches Gewicht und den Anlaß zu ihrer Andersbehandlung[60] erhält die Verfahrensrevision allein durch das Interesse

---

58) Die von der materiellrechtlichen Revision ausgehende (verfehlte) Ansicht, die Rechtsinstanz diene vorrangig Allgemeininteressen, hat auch zu der Forderung geführt, ganz auf eine spezielle Verfahrensrevision zu verzichten. So insbesondere Stimpel, Sten.Prot.d. Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 60 f.

59) Deswegen ist eine Abstufung zur einen oder anderen Seite hin müßig. Pohle, Gutachten, S. 39, hält ein auf formellen Fehlern beruhendes Urteil für bedrückender als ein in der Sache unrichtiges; nach BT-Dr 7/444, S. 23 soll die Rechtsbeeinträchtigung durch materielle Fehler größer sein.

60) Nicht im Sinne von Bevorzugung (vgl. unten über N.84); Prütting, S. 189, spricht fälschlich von Privilegierung.

der Allgemeinheit an einer fehlerfreien Prozeßführung[61),62)].

Das Vertrauen in die Justiz wird durch Nichteinhaltung der Prozeßvorschriften mehr beeinträchtigt als durch eine einmalige Fehlentscheidung in Sachfragen - mag diese auch noch so schmerzlich für die betroffene Partei sein -, da die zweite Instanz als Ganzes in Mitleidenschaft gezogen wird[63)]. Das Verfahrensrecht enthält sozusagen das technische Instrumentarium, das der Rechtsprechung erst eine gerechte Einzelfallentscheidung ermöglicht[64)], und garantiert in seiner Gesamtheit die rechtsstaatlich gebotene Gleichbehandlung[65)]. Der grundlegende Einfluß auf jede Entscheidungsfindung fordert eine besondere Aufmerksamkeit, die über das generelle Anliegen, unrichtige Entscheidungen zu verhindern, hinausgeht. Damit ist aber eine Gleichsetzung, die sich allein an den Zielen der materiellrechtlichen Revision ausrichtet, nicht sachgerecht.

Die Kontrolle des Verfahrensrechts verlangt die Korrektur des einzelnen Verstoßes, unabhängig davon, ob die Entscheidung grundsätzliche Bedeutung hat oder nicht. Mit allgemeinen Leitsätzen, die über die konkrete Entscheidung hinauswirken[66)], kann auf den Verfahrenshergang nicht genügend

---

61) Schwinge trennt diese Zwecke nur undeutlich, vgl. dazu die Untersuchung von Duske, S. 107 ff.
62) Nach Baur, ZZP 71, 181, wird die besondere Stellung des Prozeßrechts durch die Normierung verfahrensrechtlicher Wiederaufnahmegründe (§ 579) und durch die Aufzählung der absoluten Revisionsgründe des § 551 bestärkt. Allein aus der Hervorhebung einzelner Verstöße läßt sich jedoch noch kein so allgemeiner Schluß ziehen. - Der Reg. Entwurf BT-Dr 7/444, S. 23, und Prütting, S. 188, lehnen gerade wegen der Möglichkeit der Wiederaufnahme eine besondere "Bevorzugung" der Verfahrensrevision ab.
63) Schwinge, S. 220.
64) Die wiederum ist Grundlage für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung, Esser, JZ 1962, 514; vgl. auch oben 5.3.3.2.
65) Baur, ZZP 71, 181.
66) Im Sinne der oben genannten Beispiele.

Einfluß genommen werden.
Es liegt in der Natur der Sache, daß der Blick des Bundesgerichtshofes zumeist auf die Bedeutung des gerügten Prozeßfehlers für den konkreten Einzelfall beschränkt bleibt[67]. Erst in der ständigen Kontrolle der Berufungsverfahren bewährt sich die Erziehungsfunktion[68], die zwar schon grundsätzlich damit gegeben ist, daß die Möglichkeit der Revision überhaupt zu gewissenhafter Arbeit nötigt[69], aber bei Beschränkung auf diese ungewisse Aussicht der Überprüfung[70] dadurch abgeschwächt würde, daß die Korrektur eines Verfahrensfehlers dem Zufall des Zusammentreffens mit einer Sachrüge überlassen bliebe.

11.1.5. Ergebnis

Der Ausschluß der Nachprüfung derjenigen materiellrechtlichen Fragen, die - nach den erklärten Zielen der Revision - lediglich den Parteiinteressen zugute käme, läßt sich nicht auf die Verfahrensrevision übertragen. Das Gebot der Entlastung und das besondere Verhältnis von Individualinteressen zu Allgemeininteressen bei der Klärung von Sachfragen gestattet die Konzentrierung auf die Streitigkeiten, die beiden Anliegen zugleich von Nutzen sind. Bei der Überprüfung prozeßrechtlicher Fehler ist diese Unterscheidung nicht möglich, da die Voraussetzungen für die Erfüllung privater und allgemeiner Zwecke nicht trennbar sind[71].

11.2. Die Verfahrensrevision nach der jetzigen Gesetzesfassung

Die besondere Bedeutung der Verfahrensrevision hat in der Novelle keinen Niederschlag gefunden, obwohl sich die jetzige Zugangsregelung besonders einschneidend auf die Überprüfung

---

67) Darin sieht Schwinge, S. 34, im Gegensatz zum Rechtseinheitszweck der materiellrechtlichen Revision das Hauptargument für eine Wesensverschiedenheit. Vgl. dazu Duske, S. 97 ff.
68) Schwinge, S. 35. Paulus, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 106, spricht von prozeßpädagogischer Funktion.
69) Schwinge, S. 36.
70) Stimpel, aaO, (N. 58), S. 60 f; will sich damit als Verfahrenskontrolle begnügen.
71) Ebenso Pohle, Gutachten, S. 41.

prozeßrechtlicher Fehler auswirkt.
Zu Zeiten der Streitwertrevision war eine gesonderte Berücksichtigung nicht vonnöten, da die Revision bei Erreichen der Streitwertgrenze statthaft war, ohne daß es auf die inhaltliche Bedeutung der Rechtsfrage angekommen wäre[72].

Die Erkenntnis, daß ein error in procedendo selten die Rechtseinheit beeinträchtigt, und seine Korrektur ebensowenig rechtsfortbildend wirkt, hat schon lange vor der Einführung der Annahmerevision zu der Feststellung geführt, daß bei der Verfahrensrevision das Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung als Revisionsgrund nicht geeignet ist[73]. Besonders im Rahmen der Zulassungsrevision sind Bedenken erhoben worden, ob die Berufungsrichter es überhaupt in Erwägung ziehen würden, Fragen des von ihnen doch für richtig gehaltenen Verfahrens durch eine Revision beim Bundesgerichtshof untersuchen zu lassen, auch wenn sie einmal grundsätzliche Bedeutung haben sollten, da sie sich möglicher Zweifelsfälle oder Verstöße nicht bewußt seien[74]. Dieser Nachteil wird freilich bei einer Annahmeprüfung durch das Revisionsgericht vermieden.

Allein aufgrund dessen kann aber der Aussage von Paulus[75] nicht gefolgt werden, daß die Funktion der Verfahrensrüge nur bei Zulassung durch den iudex a quo mißachtet werde, die Zulassung (oder heute Annahme) durch den iudex ad quem hingegen praktikabel sei[76]. Zutreffend ist allerdings die dahinter stehende Überlegung, daß es aus Gründen der Kontrolle nicht ohne Bedeutung ist, wer die Revisionswürdigkeit beurteilt[77]. Weitaus wichtiger aber ist hier die

---

72) Wobei nicht übersehen werden soll, daß der Streitwert an sich ebenfalls keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Korrektur geben konnte. Der Vorteil lag allein in der Offenheit des Rechtsmittels für einen bestimmten Anteil der Streitigkeiten.
73) Paulsen,BB 1955, 171; Baur, ZZP 71, 166, 180; Duske, S. 134 f; Schwinge, S. 220; Kommissionsbericht 1961, S. 160; Pohle, Gutachten, S. 44; Heusinger, ZZP 76, 329; Möhring, JZ 1972, 269.
74) Paulus, ZZP 71, 198; Heusinger, ZZP 76, 329; Prütting, S. 188; Bruns, Rn. 274 a.
75) ZZP 71, 194 N. 18.
76) Paulus ist allerdings aus anderen Gründen generell gegen die Bestimmung der Revisionswürdigkeit durch den Bundesgerichtshof.
77) Dazu unten 11.3.2.

Frage, unter welchen Bedingungen das Rechtsmittel statthaft sein soll.

Ein Revisionsverfahren, das sich auf das Vorliegen einer Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung beschränkt, vermag eine dem erforderlichen Umfang entsprechende Verfahrensrevision nicht zu leisten. Dieser Nachteil ist zwar während der Gesetzgebungsarbeiten erkannt worden[78], aber aufgrund einer Fehleinschätzung der Bedeutung der Verfahrensrevision wurden keine Schritte unternommen, um dieser besonderen Lage Rechnung zu tragen. Die Kontrolle der Untergerichte soll im Ermessen des Bundesgerichtshofes stehen: d.h. sofern die Verfahrensrügen nicht von grundsätzlicher Art sind, sind sie dem Bereich der Ermessensannahme zuzurechnen, die als zusätzliche Kontrollmöglichkeit von dem Revisionsgericht mit Verantwortung wahrzunehmen sei[79]. Daß dieser Weg nicht gangbar ist, ist oben dargelegt worden[80].

Daß die notwendige Entlastung auch bei der Verfahrensrevision ansetzen muß, und Kürzungen unvermeidbar sind, kann nicht bestritten werden[81]. Insofern soll das Verfahrensrecht auch gar nicht privilegiert werden[82], es ist nur zu verlangen, daß es seinen Eigenschaften und seiner allgemeinen Bedeutung entsprechend behandelt wird und daß sich die Revisionswürdigkeit nicht an den Maßstäben des materiellen Rechts orientiert[83].

Die Konzeption des Gesetzes wird der Verfahrensrevision also nur eingeschränkt gerecht, da der Zugang zur dritten Instanz wesentlich erschwert worden ist, sofern die Verfahrensrüge nicht zusammen mit einer materiellrechtlichen

---

78) Vgl. BT-Dr 7/444, S. 22 ff; Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.001 ff; BT-Dr 7/3596, S. 4 f.
79) BT-Dr 7/3596, S. 5.
80) Siehe oben 10.
81) Dagegen aus Entlastungsgründen den Abschied von der Verfahrensrevision zu fordern, dürfte zu weit gehen.
82) Diese Absicht unterstellen BT-Dr 7/444, S. 23 und Prütting, S. 189.
83) Wie es aber in BT-Dr 7/444, S. 22, gefordert wurde.

Frage von grundsätzlicher Bedeutung geltend gemacht wird. Entgegen der Vorstellung in den Gesetzgebungsmaterialien ist dem Rechtsmittelwesen ein Kontrollinstrument genommen worden, auf das nicht in diesem Maße verzichtet werden kann.

11.3. Mögliche Erweiterungen der Zugangsgründe

Die bei den Beratungen zu der jetzigen Gesetzesfassung geltend gemachten Bedenken, die auf diesen unübersehbaren Nachteil hinwiesen, sind von der Mehrheit des Bundestages nicht geteilt worden[84]. Ein Antrag der Opposition[85], den § 547 dahingehend zu erweitern, daß die Revision bei Rüge der in § 551 aufgeführten Verfahrensmängel zwingend statthaft sei, ist abgelehnt worden, weil eine solche Regelung der notwendigen Entlastung hinderlich sei[86]. Dem ist darin zuzustimmen, daß mit der Erweiterung der zulassungsfreien Revision eine zusätzliche Belastung zu erwarten stände, andererseits aber ein Großteil möglicher und bedeutender Entscheidungsfehler durch den Katalog des § 551 nicht erfaßt wird[87].

---

84) Vgl. Verhandlungen des Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.001 f.

85) BT-Dr 7/3644; vgl. auch Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 60. Sitzung, S. 98; 62. Sitzung, S. 43.

86) Verhandlungen des Bundestages aaO. - Pohle, Gutachten, S. 43 f, und Möhring, JZ 1972, 269, weisen darauf hin, daß die Beschneidung der Verfahrensrevision zu vermehrten Verfassungsbeschwerden führen werde; man dürfe jedoch nicht auf Kosten des Bundesverfassungsgerichts Arbeit von den obersten Bundesgerichten fernhalten.

87) Innerhalb der Regierungsparteien wurde zudem die Auffassung vertreten, daß man davon ausgehen könne, daß der Bundesgerichtshof in den Fällen des § 551 in aller Regel annehmen werde, sofern es der Arbeitsanfall erlaube; Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 60. Sitzung, S. 100. Dafür plädiert auch Arnold, JR 1975, 491 N. 40. Daß das aber nicht genügt, ist soeben dargestellt worden.

Der Gedanke als solcher, dem Revisionsgericht mittels eines enumerativen Katalogs vorzuschreiben, welche Verfahrensrügen es zwingend zu überprüfen habe, ist allerdings schon oft geäußert worden[88], wobei sich die Alternativen bieten, daß die Revisionsgründe entweder eine zulassungsfreie Revision ermöglichen oder zur Zulassung oder Annahme der Revision verpflichten[89].

11.3.1. Die Verfahrensrevision in anderen Prozeßordnungen

In anderen bundesdeutschen Prozeßordnungen[90] berücksichtigen die Zugangserfordernisse zum Revisionsgericht die Geltendmachung eines Verfahrensmangels sowohl als Zulassungsgrund als auch als Merkmal für zulassungsfreie Revisionen.

Die gültigen Fassungen der Verwaltungsgerichtsordnung und der Finanzgerichtsordnung, die beide die Zulassungsrevision, kombiniert mit einer Nichtzulassungsbeschwerde (§ 132 III-V VwGO, § 115 III-V FGO), vorsehen[91], schreiben die Zulassung vor bei Geltendmachung eines Verfahrensfehlers, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 132 II Nr. 3 VwGO; § 115 II Nr. 3 FGO) und gestatten die Einlegung der Revision ohne vorherige Zulassung, wenn - im einzelnen spezifizierte - Mängel als wesentlich gerügt werden (§ 133 VwGO; § 116 FGO)[92]. Insofern war der Antrag der Opposition nicht ohne Vorbild.

---

88) Vgl. dazu Baur, ZZP 71, 181; Paulus, ZZP 71, 198; Duske, S. 140 ff; Kommissionsbericht 1961, S. 160 ff; Pohle, Gutachten, S. 43 ff; Möhring, NJW 1962, 2; JZ 1974, 269.

89) Darauf liefen letztlich die Gesetzesberatungen hinaus.

90) Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl. I 17); Finanzgerichtsordnung v. 6.10.1965 (BGBl. I 1477); Sozialgerichtsgesetz v. 23.9.1975 (BGBl. I 2555).

91) § 115 I FGO enthält daneben entsprechend § 546 I a.F. die Streitwertrevision. Die Wertgrenze beträgt gem. Art. I Nr. 5 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesfinanzhofes v. 8.7.1975 (BGBl. I 1861) in der Regel 10.000 DM (zu den Ausnahmen vgl. Satz 2).

92) Die Aufzählungen entsprechen inhaltlich dem Katalog des § 551 ZPO.

Allerdings sieht der Entwurf der Bundesregierung zu dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und in Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit[93] gerade in dieser Hinsicht Änderungen vor. Gemäß Art. 2 Nr. 5, 6 soll die Verfahrensrevision gegen Oberverwaltungsgerichtsurteile vollkommen gestrichen werden. Die Begründung[94] hebt ebenfalls auf die Förderung von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung ab und hält die Überprüfung der mit materiellrechtlichen Revisionen verbundenen Verfahrensrügen für ausreichend. Als gewissen Ausgleich hat der Entwurf allerdings die Revisionen gegen Urteile der Verwaltungsgerichte bei Unzulässigkeit der Berufung um den bisher noch in § 132 II Nr. 3 VwGO normierten Zulassungsgrund erweitert (Art 2 Nr. 8), so daß weiterhin eigene Verfahrensrevisionen möglich sind[95].

Nach Art. 3 Nr. 5,6 soll in der Finanzgerichtsbarkeit neben der Streitwertrevision auch die zulassungsfreie Verfahrensrevision abgeschafft werden, während die Zulassung aufgrund eines entscheidungserheblichen Verfahrensmangels wegen des nur zweistufigen Aufbaus des finanzgerichtlichen Verfahrens beibehalten werden soll[96].

Das Sozialgerichtsgesetz, das parallel zu den Reformarbeiten an den anderen Verfahrensordnungen neugefaßt wurde, nennt ebenfalls einen möglicherweise entscheidungserheblichen Verfahrensmangel als Zulassungsgrund (§ 160 II Nr. 3 SGG), wenngleich einzelne Rügen, die bisher nach § 162 I Nr. 2 SGG

---

93) BT-Dr 7/444. Die Reform der Revision in Zivilsachen ist dann später abgespalten worden (BT-Dr 7/3596) und hat zu der vorliegenden Gesetzesfassung geführt.
94) BT-Dr 7/444, S. 26.
95) Das trifft insbesondere für die Revisionen nach dem Lastenausgleichsgesetz (§ 339), dem Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz (§ 23), dem Wehrpflichtgesetz (§ 34) und dem Ersatzdienstgesetz (§ 75) zu. Die Revisionen unmittelbar aus erster Instanz machten gemäß BT-Dr 7/444, S. 27 immerhin fast die Hälfte aller beim Bundesverwaltungsgericht eingegangenen Verfahren aus.
96) BT-Dr 7/444, S. 30.

a.F.[97] häufig zu erfolglosen Revisionen führten, ausgeschlossen oder nur bedingt zulässig sind (§ 160 II Nr. 3 Halbs. 2 SGG)[98]. Die Begründung des Regierungsentwurfs[99] nimmt zu der Beibehaltung der Verfahrensrevision keine Stellung, sondern geht nur auf ihre Einschränkung ein.

Der jüngste Reformvorschlag, der Regierungsentwurf zu einem Änderungsgesetz des Arbeitsgerichtsgesetzes[100], verzichtet allerdings wie die Zivilprozeßordnung gänzlich auf die Berücksichtigung der Verfahrensrevision. Nach dem neu zu fassenden § 72 (Art 1 Nr. 47 des Gesetzes) soll zukünftig die Revision nur bei grundsätzlicher Bedeutung und bei Divergenz durch das Landesarbeitsgericht zugelassen werden. Die Frage der Verfahrensrevision wird an keiner Stelle der Begründung berührt.

11.3.2. Angleichung der Zivilprozeßordnung

Ein Vergleich der einzelnen Gesetze und ihrer Reformvorschläge ergibt, daß mit Ausnahme des Entwurfs zum Arbeitsgerichtsgesetz die Verfahrensrevision nirgends vollkommen aufgegeben ist, sondern auch im Rahmen der Zulassungsrevision mehr oder weniger erhalten geblieben ist.

Es ist allerdings für die Zulassungsrevision davon auszugehen, daß die Verfahrensrügen nur über eine Nichtzulassungsbeschwerde vor das Revisionsgericht gelangen, da kaum ein Untergericht die Revision mit der Erklärung zulassen wird,

---

97) Vgl. zu § 162 I Nr. 2 SGG a.F. die ausführliche Problemskizze bei Duske, S. 140 ff.

98) Nach § 160 II Nr. 3 Halbs. 2 SGG können folgende Verstöße nicht gerügt werden: Fehler im Zusammenhang mit der Anhörung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG), d.h. bei der Beweisaufnahme im Sachverständigenbeweis; Fehler der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 128 SGG) (diese Einschränkung erscheint bedenklich - vgl. oben 11.1.2/3.); es wäre hier zu überlegen, ob nicht die Quote der erfolglosen Revisionen schon durch das Erfordernis der Zulassung abgebaut wird; Verstöße gegen den Untersuchungsgrundsatz sind schließlich nur dann revisibel, wenn das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichenden Grund nicht gefolgt ist.

99) BT-Dr 7/861,S. 9, 10.

100) BT-Dr 8/1567.

daß sein Urteil aus verfahrensrechtlichen Gründen zu überprüfen sei[101].

Das gleiche Problem stellt sich auch bei der Revision in Zivilsachen[102], ohne daß es eine Abhilfe dagegen gibt. Für den Bereich der Streitigkeiten, die der Zulassung unterfallen, wäre ein den §§ 132 II Nr. 2 VwGO, 115 II Nr. 2 FGO, 160 II Nr. 3 SGG entsprechender Revisionsgrund nur wegen der systematischen Vollständigkeit einzufügen, ohne daß ihm größere praktische Bedeutung zukäme, da das Korrektiv der Nichtzulassungsbeschwerde fehlt, sofern man bei der jetzigen Kompetenzaufteilung bleibt.

Konsequent wäre daher die Erweiterung des § 547 nach dem Vorbild von § 133 VwGO oder § 116 FGO oder aber, wollte man noch weiter gehen, nach dem Vorbild der soeben genannten umfassenden Zulassungsgründe. Gegen eine solche Regelung sprechen jedoch vor allem Gründe der Entlastung als auch - für die erstgenannte Alternative - Gründe der Effektivität[103]. Auch bei dem Erfordernis der speziellen Rüge erscheint es im Rahmen der jetzigen Gesetzesfassung als angebrachter, die Revisionswürdigkeit von dem Gericht beurteilen zu lassen.

Im Zuge einer einheitlichen Lösung wäre daher trotz aller Nachteile am ehesten die Konzentrierung der selbständigen Verfahrensrevision auf den Bereich der Annahmerevision denkbar, d.h. die Ergänzung des § 554 b durch das Gebot, auch bei möglicherweise entscheidungserheblichen Verfahrensmängeln die Annahme nicht ablehnen zu dürfen. Damit käme man den Entlastungsbestrebungen entgegen, denen eine zulassungsfreie Verfahrensrevision zuwiderlaufen würde[104],

---

101) Brennert, NJW 1975, 1494 und N. 26.
102) Vgl. oben 11.2.
103) Nach Pohle, Gutachten, S. 43 f, erfordert eine effektive Verfahrenskontrolle eine detaillierte Aufzählung, die weit über den Vorschlag des Kommissionsberichts 1961 (S. 162) oder die Übernahme der in § 551 aufgezählten Gründe hinausgehen müßte. Pohle hält deswegen eine Negativaufzählung für sinnvoller (verwirklicht in § 160 II Nr. 3 SGG; oben N. 98), rät aber allgemein von einer Einschränkung der Verfahrensrügen ab (S. 44).
104) Nicht zutreffend ist allerdings die Ansicht von Prütting, S. 188, daß die Revision aufgrund des Vorliegens von absoluten Revisionsgründen systemwidrig

und hätte dennoch für einen Teil der möglichen Fehler eine besondere Kontrollmöglichkeit, die nicht derartig ins Ermessen der Bundesrichter gestellt ist, wie es mit der jetzigen Ermessensannahme praktiziert wird.

Das Erfordernis der nicht auszuschließenden Kausalität des Verfahrensfehlers in Hinblick auf die Entscheidung[105] nimmt dem Einwand das Gewicht, daß unter dem Vorwand eines formellen Fehlers eine sachliche Prüfung herbeigeführt werden soll[106]. Dieses zu verhindern, wäre gerade Aufgabe der Annahmeprüfung[107].

11.4. Ergebnis

Die Reform krankt an einer einseitigen Ausrichtung auf die Zwecke der materiellrechtlichen Revision und der schon oben erörterten Betonung der Allgemeininteressen in Form von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung. Dabei wird übersehen oder zumindest zurückgedrängt, daß gerade mit der Verfahrensrevision in besonderem Maße allgemeine Interessen verfolgt werden, die nur anders geartet sind und besondere Prüfungsgesichtspunkte erfordern.

---

sei, weil ihnen nicht automatisch grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden könne. Prütting verkennt, daß die Normierung zulassungsfreier Revisionsgründe gerade der Umgehung des Kriteriums der grundsätzlichen Bedeutung dienen soll, weil es für die Verfahrensrevision unbrauchbar ist.

105) Dazu Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz, § 160, Anm. 23. Nach Angaben des Bundesjustizministeriums (Sten. Prot.d.Rechtausschusses, 62. Sitzung, S. 43) führten die Verfahrensrevisionen beim BVerwG und beim BSG in den seltensten Fällen zu Entscheidungsänderungen. Für die Sozialgerichtsbarkeit werden 3% angegeben, doch ist diese Zahl nicht verwertbar, weil sie sich noch auf die zulassungsfreie Revision des § 162 I Nr. 2 SGG a.F. bezieht, die gerade die Prüfung der Entscheidungserheblichkeit nicht kannte.

106) So BT-Dr 7/444, S. 22.

107) Ullmann, GRUR 1977, 530, schlägt auch für die Ermessensannahme vor, die Revision der Verfahrensrüge von der Erfolgsaussicht für die materiellrechtliche Entscheidung abhängig zu machen.

12. Die Kompetenzverteilung für die Zugangsentscheidung

Mit der Einführung der Annahmerevision ist die allmähliche Angleichung der Verfahrensordnungen bewußt gehemmt worden[1]. Im Gegensatz zu anderen Prozeßgesetzen, die auch die Statthaftigkeit der Revision im Regelfall von einem Richterspruch abhängig machen[2], gibt die Zivilprozeßordnung dem Bundesgerichtshof Gelegenheit, in einem bestimmten Bereich unmittelbar[3] über die Revisionswürdigkeit zu befinden[4].

Die unterschiedlichen Regelungen führen zu der - von der tatsächlichen Ausgestaltung der einzelnen Gesetze zunächst unabhängigen - Frage, auf welcher Ebene grundsätzlich über die Eröffnung der Revision entschieden werden sollte[5]. Tragende Gesichtspunkte für die Kompetenzverteilung sind insbesondere die Frage nach der bestmöglichen Erfüllung der Revisionszwecke, die Bemühungen um eine wirkungsvolle Entlastung und die Belange der Parteien. Die folgende Untersuchung soll Klarheit darüber erbringen, welche Vor- und Nachteile sich mit einer alleinigen Zulassung durch die Berufungsgerichte verbinden würde, bzw. in Umkehrung dessen, was für und was gegen eine ausschließliche Entscheidungskompetenz der Revisionsgerichts spräche, und schließlich,

---

1) Die insbesondere der Regierungsentwurf in BT-Dr 7/444 verfolgt hat.

2) § 133 VwGO, § 160 SGG. Die Finanzgerichtsordnung wie das Arbeitsgerichtsgesetz kennen bislang noch neben der Zulassungsrevision die Streitwertrevision (§ 115 I FGO; § 74 I 4,5 ArbGG). Für die Reformpläne vgl. für die FGO BT-Dr 7/444, Art 3 Nr. 5,6, für das ArbGG §§ 72 II, 72 a I E-ArbGG in BT-Dr 8/1567.

3) Anstelle der indirekten Einflußmöglichkeit, die eine Nichtzulassungsbeschwerde eröffnen würde; vgl. § 133 III-V VwGO, § 155 III-V FGO, § 166 a SGG.

4) Zu den Parallelen in fremden Rechtsordnungen, insbesondere im amerikanischen Recht, vgl. unten 12.5.

5) Die Alternative des freien Revisionszugangs, etwa in Form der bisherigen Streitwertrevision, bleibt unberücksichtigt. Für den Abschnitt 12. gilt weiter die Hypothese, daß im konkreten Fall die Auswahl nach der grundsätzlichen Bedeutung möglich sei. Inwieweit das - unabhängig von Vorstellungen in den Gesetzesmaterialien - tatsächlich zutrifft, bleibt einer späteren Untersuchung vorbehalten (unten 16.).

inwieweit beide Instanzen beteiligt werden sollten. Nach der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Möglichkeiten der Kompetenzverteilung wird zu ermitteln sein, in welchem Maße die geltende Fassung der Zivilprozeßordnung den dargestellten Argumenten Rechnung getragen hat.

12.1. Beurteilungsgesichtspunkte für die Kompetenzverteilung

12.1.1. Erfüllung der Revisionszwecke

12.1.1.1. Allgemeine Kontrolle

Befürworter der reinen Zulassungsrevision sehen in der Revision entgegen der hier vertretenen Ansicht[6] kein Kontrollmittel, zumindest nicht in dem hier beschriebenen Umfang, und glauben daher, auf eine eigene Entscheidungskompetenz des Bundesgerichtshofes verzichten zu können. Eine Zulassung durch das Berufungsgericht bedeute nicht,daß die eigene Entscheidung in Zweifel gezogen werde[7], sondern es werde nur beabsichtigt, auf diesem Wege eine Stellungnahme des Bundesgerichtshofes zu einer allgemein interessierenden Frage herbeizuführen[8]. Damit sei auch der Einwand, die Berufungsrichter müßten "Richter in eigener Sache" sein[9], verfehlt[10].

Daß diese Einschätzung der Lage nicht zutrifft, würde sich insbesondere bei der - zwar nicht berücksichtigten, aber erforderlichen - Verfahrensrevision zeigen[11]. Aber auch für die Revision von materiellrechtlichen Fehlern gebietet die notwendige Überwachung der Rechtsprechung der Vorinstanzen als übergeordneter Rechtsmittelzweck aus sich heraus, daß

---

6) Siehe oben 5.3.1./2.
7) So aber Baur, ZZP 71, 179.
8) Paulus, ZZP 71, 214; Kommissionsbericht 1961, S. 159.
9) So A.Arndt, NJW 1962, 1662 N. 8; Schlüter, AnwBl 1963, 227.
10) Weyreuther, Rn. 24. Prütting, S. 78, hielt den Vorwurf für reine Polemik.
11) Vgl. oben 11.2. und 11.3.2.

die Entscheidung über die Statthaftigkeit bei dem kontrollierenden Gericht liegen muß und nicht gänzlich dem Vorderrichter überlassen bleiben darf[12].

12.1.1.2. Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen dazu, daß bei der mangelnden Faßbarkeit des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung allein der Bundesgerichtshof in der Lage sein kann, eine einigermaßen gleiche Handhabung und einheitliche Auslegung zu garantieren[13],[14]. Als Hüter von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung - mit dem naturgemäß größten Überblick über den Stand der Rechtsprechung - hat er noch am ehesten die Befähigung, die Bedeutung einer Rechtsfrage für die Allgemeinheit zu beurteilen[15]. Bleibt die Feststellung aber Sache der Oberlandesgerichte, so muß neben einer ungleichen Zulassungspraxis auch damit gerechnet werden, daß das relevante Problem bisweilen verkannt oder gänzlich übersehen wird[16]. Beim Bundesgerichtshof befassen sich dagegen spezialisierte Senate mit den möglichen Grundsatzfragen[17], während die Oberlandesgerichte zudem der Gefahr erliegen können, daß die eigentlichen Rechtsfragen, die für das Revisionsgericht von Interesse wären

---

12) Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 28,48; BT-Dr 7/3596, S. 4. Grundsätzlich ebenso Arnold, JR 1975, 488; vgl. auch Vollkommer, JZ 1964, S. 161.

13) Jagusch, NJW 1953, 163; R.Fischer, BB 1954, 1007; Paulsen, BB 1955, 171; Kommissionsbericht 1961, S. 158; Vollkommer, JZ 1964, 161; BT-Dr 7/3596, S. 4.

14) Eine vollkommene Übereinstimmung wird nie erzielt werden können - dazu läßt sich das Auswahlkriterium zu wenig eingrenzen -, aber es könnte zumindest eine weitere Aufsplitterung vermieden werden.

15) Baur, ZZP 71, 179; Bruns, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 103. Über den tatsächlichen Umfang seiner Möglichkeiten vgl. unten 16.

16) Paulsen, BB 1955, 171; Holste, AnwBl 1958, 3; Kommissionsbericht 1961, S. 158; Möhring, NJW 1962, 4; Esser, JZ 1962, 514; Johannsen, DRiZ 1963, 306; Schlüter, AnwBl 1963, 227; H.Schneider, NJW 1975, 1537; Nirk, BB 1975, 1176; Bruns, Rn. 274 b.

17) Nach Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 62, übersehen die Oberlandesgerichte 10 - 15 % der revisionswürdigen Fälle.

und die erst bei ihm richtig Gestalt annehmen würden, durch die im Vordergrund stehenden Tatfragen zurückgedrängt werden[18].

Unbestrittener Nachteil der Auswahl durch den Bundesgerichtshof ist aber der Umstand, daß das Revisionsgericht sich erst in den jeweiligen Fall einarbeiten muß, während das Berufungsgericht mit ihm vertraut ist[19]. Dem käme an sich keine eigenständige Bedeutung zu, wenn dem Bundesgerichtshof die Zeit gewährt würde, genügend in die anstehenden Probleme einzudringen, insbesondere um auch nicht erkannte Fragen herauszuarbeiten. Bedenken ergeben sich jedoch daraus, daß die Belastung zu einer summarischen Vorprüfung mit einer oberflächlichen Auswahl zwingen kann[20),21]. Inwieweit das Argument der besseren Auslesemöglichkeit an Gewicht verliert, hängt damit von dem Maß des Aufwandes ab, den der Bundesgerichtshof für die Vorprüfung betreiben kann.

Ein zusätzlicher Gesichtspunkt für die Zuweisung der Entscheidungen an den Bundesgerichtshof ist darin zu sehen, daß allenfalls so die Fülle des Anschauungsmaterials, "der breite Strom der Fälle"[22] gewährleistet wird, aus denen dann eine zweckmäßige Auslese getroffen werden kann[23].

---

18) K.E.Meyer, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E. 98.
19) Kraemer, ZZP 64, 138; Grussendorf, NJW 1960, 13; Kommissionsbericht 1961, S. 158; BT-Dr 7/444, S. 20.
20) Dahingehend Paulsen, BB 1955, 172: er lehnt die Vorprüfung durch den Bundesgerichtshof vor allem deswegen ab, weil sie der deutschen Rechtstradition widerspreche und das Rechtsgefühl verletze.
21) Die Probleme der Belastung werden sogleich erörtert (12.1.2.).
22) Jagusch, NJW 1953, 162.
23) Johannsen, DRiZ 1962, 306; Vollkommer, JZ 1964, 161. Diesem Argument kommt allerdings weit größere Bedeutung zu bei einem Vergleich der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung mit der Streitwertrevision; vgl. Holste, AnwBl 1958, 5; Kommissionsbericht 1961, S. 154; Möhring, NJW 1962, 1; Esser, JZ 1962, 514; Pohle, Gutachten, S. 47; Jagusch, NJW 1963, 2; Heusinger, ZZP 76, 337; Prütting, S. 75.
Zu den Bedenken bei ausschließlicher Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung siehe unten 16.3. N. 20 und 17.3.6.

12.1.1.3. Kontrolle von Verfahrensfehlern

Für die Fälle der Verfahrensrevision ist es kaum denkbar, daß das Berufungsgericht die Kontrolle einleitet[24]. Dem kommt zwar das geltende Recht dadurch entgegen, daß es im Wege der Ermessensannahme eine Verfahrensüberprüfung ermöglicht, aber es hat sich erwiesen, daß an ihre Stelle ein spezieller Annahmegrund treten muß[25].

Aufgrund der vorherigen Überlegungen kann hier schon abschließend festgestellt werden, daß eine Verfahrensrevision der oben vorgeschlagenen Art nur von dem Bundesgerichtshof selbst ausgehen kann.

12.1.1.4. Zwischenergebnis

Sofern man alle anderen Gesichtspunkte außer Acht läßt und man allein die vorteilhafteste Berücksichtigung der Revisionszwecke erwägt, kommt bei einer Kompetenzverteilung nur das Revisionsgericht in Frage, insbesondere wegen der direkten Kontrollmöglichkeit, der Gewähr der Gleichbehandlung und des besseren Überblicks über die Rechtsprechung[26].

12.1.2. Entlastung des Bundesgerichtshofes

12.1.2.1. Belastung durch die Entscheidung über die Statthaftigkeit

Im Gegensatz zu anderen Entlastungsmaßnahmen, wie etwa der Beschränkung auf Streitigkeiten mit einer bestimmten summa gravaminis[27], ist die Auswahl von Rechtssachen mit grundsätzlicher Bedeutung mit neuem, zusätzlichen Aufwand ver-

---

24) Vgl. oben 11.3.2.
25) Dessen Pendant für die Zulassungsrevision mehr systematische Bedeutung haben wird, vgl. oben 11.3.2.
26) So auch Jagusch, NJW 1953, 163; R.Fischer, BB 1954, 1007; Kirchberger, NJW 1955, 1497; Baur, ZZP 71, 179; Duske, S. 123; Kommissionsbericht 1961, 157 (Minderheitsvotum); Vollkommer, JZ 1964, 161; Bender, DRiZ 1973, 378; Puttfarken, JuS 1977, 495.
27) Oder dem zeitweiligen Ausschluß bestimmter Verfahrensrügen. Durch die Verordnung zur Entlastung des Reichsgerichts vom 15.1.1924 (RGBl I 29) wurde für eine bestimmte Zeit die Revision wegen der Verletzung der §§ 139, 286, 287 ausgeschlossen. Zum Wert dieser Entlastungsmaßnahme vgl. Kommissionsbericht 1961, S. 150f.

bunden, der dasjenige Gericht belastet, dem die Entscheidung über den Revisionszugang zukommen soll, d.h. allein den Bundesgerichtshof, sofern man den vorangegangenen Ausführungen zur Erfüllung der Revisionszwecke folgt.

Der zuständige Senat steht dem vorgelegten Streitfall unvorbereitet gegenüber, so daß er zur Ermittlung des Revisionsgrundes gezwungen ist, in eine intensive Auseinandersetzung mit dem gesamten Streitstoff zu treten[28]. Wenn die Vorteile der allgemeinen Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes zum Tragen kommen sollen, wird eine oberflächliche Prüfung kaum ausreichen, da die Grundsatzfragen nicht wie evidente Rechtsverstöße offen zu Tage liegen müssen, sondern gerade von diesen überlagert werden können[29].

Verfehlt ist in diesem Zusammenhang die Ansicht von Holtgrave[30], daß es gar nicht Aufgabe des Bundesgerichtshofes sei, herauszuarbeiten, ob eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe, sondern daß sich das aus der Revisionsbegründung gemäß § 554 III Nr. 2 ergeben müsse. Die Auswahl nach einem von den Parteiinteressen unabhängigen Kriterium dient der Verwirklichung allgemeiner Revisionszwecke und muß daher dem Gericht obliegen und nicht der klagenden Partei. Der Gedanke Holtgraves ist nur insoweit zutreffend, als man ihn darauf reduziert, daß die Aufbereitung der möglicherweise grundsätzlichen Fragen[31] durch den Revisionsanwalt zu einer gewissen Entlastung des Senats führen kann[32].

---

28) Kraemer, ZZP 64, 138, sah in Hinblick auf eine mögliche Nichtzulassungsbeschwerde darin die Gefahr, daß faktisch jeder berufungsfähigen Landgerichtssache der Rechtszug zum Bundesgerichtshof eröffnet wird, da sich eine richtig verstandene Nachprüfung zumindest zu einem schriftlichen Revisionsverfahren auswachsen müßte.

29) Vgl. das anschauliche Beispiel v. K.E.Meyer, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 98, in dem sich der Bundesgerichtshof wie das Oberlandesgericht zunächst mit Fragen der Begründetheit beschäftigte, ehe man feststellte, daß schon die Zulässigkeit von der Beantwortung einer grundsätzlichen Frage abhing.

30) DB 1975, 1686.

31) Der eine gewisse dogmatische Vertiefung des Streitstoffes schon in der Berufungsinstanz vorangehen sollte.

32) So auch Sten.Prot.d.Rechtausschusses, 60. Sitzung, S. 96; 62. Sitzung S. 56/7; Prütting, S. 275; ders. ZZP 90, 78.

Daß die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung zum zwingenden Prozeßrecht zu zählen sei und die Revision daher bei ihrem Fehlen schon als unzulässig zu verwerfen sei[33], wird allerdings zum Teil bestritten. § 554 III Nr. 2 sei vielmehr nur eine Ordnungsregel, die nicht die Annahmeentscheidung erleichtern soll, sondern dem Schutz des Klägers diene[34], der durch die Nichtbeachtung allein auf das rechtliche Gehör zur Grundsätzlichkeit der Rechtsfrage verzichte[35]. Die Auffassung widerspricht aber dem Wortlaut und der Intention des Gesetzes[36]; der durch die Novelle vom 5.6.1905 eingeführte Begründungszwang war seit jeher als Moment der Entlastung gedacht[37],[38]. Das ändert jedoch nichts daran, daß sich der Bundesgerichtshof selbst mit der Frage der grundsätzlichen Bedeutung auseinandersetzen muß; die Ausführungen des Rechtsmittelklägers sind als Anregung zu verstehen, von denen das Gericht ausgehen kann[39], die aber eine eigene Prüfung des Stoffes nicht ersetzen[40].

---

33) So BGHZ 66, 273 (276); Prütting, ZZP 90,78; Rosenberg-Schwab, § 143 II 2 b; Baumbach-Lauterbach-Albers, § 554, Anm. 4 B; ebenso BT-Dr 7/3596, S. 7.
34) Thomas-Putzo, § 554, Anm. 3.
35) Ullmann, GRUR 1977, 529. Er begründet seine Auffassung damit, daß die Annahme nach geltendem Recht nicht nur von dem Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung abhänge, sondern auch von anderen Gründen, die die Ermessensannahme rechtfertigen. Zudem dürfe der Bundesgerichtshof nicht diejenigen Fragen grundsätzlicher Bedeutung übergehen, die der Revisionskläger übersehen habe.
36) In den Beratungen des Rechtausschusses (Sten.Prot., 60. Sitzung, S. 93 ff) ist die Fassung als Sollvorschrift gerade wegen der Entlastung des Bundesgerichtshofes abgelehnt worden. Siehe auch BT-Dr 7/3596, S. 7.
37) RGBl. 536.
38) Dazu Stein-Jonas-Grunsky, § 554, Anm. I; Gilles, AcP 177, 194.
39) Gilles, AcP 177, 211, spricht vom "richtungweisenden Charakter" der Rechtsmittelbegründung.
40) Daß der Begründung des Klägers allerdings auch keine überragende Bedeutung beigemessen wird, zeigt sich daran, daß eine eingehende Substantiierung nicht verlangt wird, BGHZ 66, 276.

12.1.2.2. Erfordernis einer mündlichen Verhandlung

Tatsächlichen Gewinn für die Ermittlung der grundsätzlichen Bedeutung brächte die Mitwirkung des Klägers aber nur, wenn das Annahmeverfahren regelmäßig eine mündliche Verhandlung einschließen würde. Welch unschätzbaren Wert das befruchtende Rechtsgespräch zwischen Anwalt und Gericht für das Revisionsverfahren hat, ist in der Diskussion, ob der Grundsatz der Mündlichkeit aus Entlastungsgründen weiter zurücktreten soll, genügend hervorgehoben worden[41].

Dies gilt gleichermaßen für die Entscheidung, ob einer Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung zuzumessen ist. Wenn dieser Vorgang - letztlich aufgrund der Zeitersparnis - ausschließlich schriftlich abläuft, begibt man sich der Möglichkeit, daß ein Anwalt auf wichtige Fragen hinführt, so daß dem Gericht entscheidende Impulse entzogen werden können. Damit hätte eine Revisionsbegründung nur noch halben Wert. Auch hier stellt sich somit erneut das Grundproblem der Zugangsbeschränkungen, der Konflikt zwischen wirkungsvoller Aufgabenerfüllung und der unvermeidbaren Überlastung als äußerem Einfluß.

12.1.2.3. Die Begründung der Zugangsentscheidung

Um den zusätzlichen Arbeitsaufwand bei der Zugangsentscheidung durch das Revisionsgericht nicht weiter anschwellen zu lassen als unbedingt erforderlich, stellt sich als nächste Frage, ob auf eine Begründung des Ablehnungsbeschlusses[42] verzichtet werden kann.

---

41) Düringer, DJZ 1910, 333; Kommissionsbericht 1961, S. 150; Pohle, Gutachten, S. 50; Möhring, NJW 1962, 4; Heusinger, ZZP 76, 328; Spengler, Festschrift f. Möhring (1965), S. 165 ("Rechtsfindung ist Gemeinschaftsleistung"); Möhring/Nirk, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 305 ff; Nirk, BB 1975, 1176. - Für die Beschränkung der mündlichen Verhandlung insbesondere Adickes, S. 34; Schwinge, S. 239 ff.

42) Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 554 b) ist nur bei Ablehnung der Annahme ein Beschluß vorgesehen, während sich die Annahme allein aus der Terminsanberaumung ergibt (§ 555 I). Nach einheitlicher Praxis aller Senate wird aber auch bei der Annahme ein bindender Beschluß gefaßt; Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265.

Dem Anliegen, auf diesem Wege weiterer Belastung zu entgehen[43], stehen schwerwiegende Einwände entgegen. Es gibt zwar für Beschlüsse im Gegensatz zu Urteilen (§ 313 I Nr. 6) keine generelle Begründungspflicht, doch kann sich diese aus allgemeinen Grundsätzen herleiten, denen verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zugrunde liegen.

Nach Brüggemann[44] ist immer dann ein Begründungszwang anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter in seinen Rechten beeinträchtigt wird[45], wenn der Beschluß mit Rechtsmitteln angefochten werden kann oder wenn durch ihn über ein Rechtsmittel entschieden worden ist. Der dritte Punkt kann trotz seiner Normierung in anderen Verfahrensordnungen[46] keine eigenständige Bedeutung haben, sondern ist ein Unterfall der anderen Gruppen, weil allein der Umstand, daß über ein Rechtsmittel entschieden wird, noch keinen Anlaß zu gesonderter Behandlung gibt, sondern auch hier erst die Frage weiterführt, ob ein Verfahrensbeteiligter in seinen Rechten verletzt ist oder ein weiteres Rechtsmittel statthaft ist[47].

Ob die Ablehnung der Annahme zu der ersten Gruppe zählt, könnte bezweifelt werden, wenn man davon ausgeht, daß der Weg zum Bundesgerichtshof nur bei Vorliegen bestimmter Kriterien offenstehen soll, so daß der Rechtsmittelführer gerade nicht in seinen Rechten berührt ist. Das setzt aber voraus, daß man der Statthaftigkeit der Revision Ausnahmecharakter beilegte. Da die Revision aber ein echtes Parteirechtsmittel ist, muß man gerade umgekehrt einen dreistufigen Instanzenzug als Regelfall zugrunde legen[48], so daß die Ablehnung die Beschränkung eines grundsätzlich zustehenden Rechts

---

43) Dazu allgemein R.Fischer, BB 1954, 1007; Holste, AnwBl 1958, 3; Vollkommer, JZ 1964, 162; Arnold, JR 1975, 491, N. 42.
44) Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 99; vgl. im einzelnen S. 94 ff, 118 ff.
45) So auch BVerfG NJW 1957, 298.
46) §§ 122 II VwGO, 113 II FGO, 142 II SGG.
47) So auch Grunsky, Entscheidungsbegründung, S. 76.
48) Obwohl die Annahme in der Praxis eher als Ausnahme zu bezeichnen wäre.

darstellt[49].

Ebenso ließe sich die Ablehnung auch in die zweite Gruppe einordnen, obwohl gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofes nie ein Rechtsmittel erwogen worden ist. Da aber die Begründung in diesen Fällen hauptsächlich deswegen erforderlich ist, weil für die Anfechtung eines Beschlusses die inhaltlichen Gründe erkennbar sein müssen, ist das Gericht auch bei Ablehnung der Annahme verpflichtet, seine Entscheidung zu rechtfertigen, da immerhin die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegeben ist[50]. Die Auffassung von Thomas-Putzo[51], eine Begründung sei nicht erforderlich, weil es sich nur um die Verneinung der grundsätzlichen Bedeutung handeln könne, ist aus zweierlei Gründen unzutreffend. Einmal kann sich nach der jetzigen Gesetzesfassung die Ablehnung nur darauf stützen, daß weder die grundsätzliche Bedeutung noch ein anderer, im Ermessen des Gerichts stehender Revisionsanlaß zu bejahen ist, zweitens ist es gerade für eine Verfassungsbeschwerde bedeutsam, wie sich die Verneinung der grundsätzlichen Bedeutung erklärt[52].

Die Pflicht zur Begründung ist jedoch nicht nur mit Mindestanforderungen staatlichen Handelns zu erklären[53]. Ungeachtet dieser Überlegungen sprechen die besonderen Probleme der

---

49) Thomas-Putzo, § 329, Anm. 4, halten eine Begründung aus rechtsstaatlichen Gründen immer dann für geboten, wenn ein Antrag abgelehnt wird. Die Einlegung der Revision könnte man im weitesten Sinne auch als Antrag dahingehend verstehen, die Revision zunächst einmal anzunehmen.

50) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 329, Anm. I, 4; vgl. dazu E. Schneider, Verfassungsbeschwerde bei Nichtzulassung der Revision trotz Abweichung, NJW 1977, 1043.

51) § 554 b, Anm. 3 b.

52) D.h. konkret, ob nicht gegen das Willkürverbot verstossen worden ist; vgl. E. Schneider, aaO.

53) Aufgrund derer auch Prütting, S. 276, im Ergebnis die Begründung der Ablehnung für zwingend geboten hält. Ansätze ebenfalls bei H. Schneider, NJW 1975, 1541.

Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung dafür, daß die Entscheidungsgründe dringend offen dargelegt werden müssen[54].

Da sich der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung nicht in eine allgemeingültige Definition fassen läßt, die eine gleichmäßige Anwendung ermöglicht, kann eine gewisse Vereinheitlichung der Auswahlkriterien nur durch eine umfangreiche Kasuistik erreicht werden. Wenn der Bundesgerichtshof sich nicht detailliert dazu äußert, was er für grundsätzlich hält und was nicht[55], werden die einzelnen Senate des Revisionsgerichts weiter unkoordiniert bleiben[56], und den Oberlandesgerichten wird die Möglichkeit genommen, sich an den maßgebenden Gründen zu orientieren[57].

Ebenso ist aus der Sicht der Parteien eine Erläuterung zu verlangen. Abgesehen davon, daß es untragbar ist, daß der Revisionsanwalt aufgefordert wird, im Rahmen der Revisionsbegründung das Vorliegen von grundsätzlichen Fragen nachzuweisen, während das Gericht kommentarlos ablehnen kann[58], könnte die Rechtfertigung der Entscheidung dazu dienen, die Annahmechancen für künftige Fälle besser einschätzen zu können[59].

Weiterhin wäre der betroffene Senat zu einer eingehenden Prüfung gezwungen. Eine möglicherweise eher willkürliche Entscheidung ließe sich nicht hinter einem lakonischen "nicht angenommen" verbergen. Denn letztendlich müßte auch das Vertrauenskapital der Justiz unter einer solchen Praxis leiden, wenn sich die Erwägungen des Revisionsgerichts

---

54) Wobei sich die einzelnen Argumente weitgehend auf die Zulassungsrevision übertragen lassen.
55) D.h. die Begründung wäre nicht nur bei Ablehnung, sondern auch bei Bejahung der grundsätzlichen Bedeutung wünschenswert; dazu unten.
56) Nirk, BB 1975, 1174; H.Schneider, NJW 1975, 1541.
57) Möhring, JZ 1972, 268, 269.
58) Ähnlich Nirk, BB 1975, 1174.
59) Vollkommer, JZ 1964, 162; Prütting, S. 270.Vollkommer hält aber eine förmliche Begründung für entbehrlich; er weist auf den vom US Supreme Court eingeschlagenen Mittelweg hin, die Anwaltsvereinigungen in inoffiziellen Aussprachen zu unterrichten.

nicht nachvollziehen lassen[60].

Da sich beim Bundesgerichtshof die Übung entwickelt hat, die Parteien auch bei Annahme der Revision durch einen Beschluß vom Stand des Verfahrens in Kenntnis zu setzen, könnte erwogen werden, ob nicht auch in diesen Fällen eine Begründung ergehen sollte[61]. Aus den allgemeinen Sätzen zur Begründungspflicht staatlicher Akte ergibt sich dafür kein Bedürfnis - die Gesichtspunkte, die sich aus der Konkretisierung der Zugangskriterien herleiten, lassen eine Rechtfertigung hingegen angeraten sein. Bei zutreffender Auswahl der Streitigkeiten muß sich aber die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache den Entscheidungsgründen des Sachurteils (§ 313 I Nr. 6) entnehmen lassen, so daß auf eine gesonderte Begründung verzichtet werden kann.

Im Falle der Ablehnung ist eine Begründung dagegen unerläßlich, so daß der Gesichtspunkt des zusätzlichen Aufwandes dahinter zurücktreten muß. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine konzentrierte Verfolgung bestimmter Revisionszwecke darf sich nicht nur in der Normierung entsprechender Zugangsgründe äußern, sondern muß sich dann auch konsequenterweise in der Durchführung des Verfahrens widerspiegeln.

12.1.2.4. Zwischenergebnis

Den Revisionszwecken, denen grundsätzlich die Auswahl durch den Bundesgerichtshof zugute kommt, ist nur dann im erforderlichen Umfange gedient, wenn den Forderungen nach mündlicher Verhandlung und Begründung der Annahmeablehnung

60) Bruns, Rn. 275 b. Im Kommissionsbericht 1961, S. 158, wird zurecht darauf hingewiesen, daß der Eindruck entstehen könne, der Bundesgerichtshof wolle sich nur Arbeit ersparen. Vgl. auch Paulus, ZZP 71, 219, der eine kommentarlose Abweisung auch ohne statuierte Begründungspflicht nach deutscher Prozeßtradition für nicht vorstellbar hielt.

61) Siehe oben N. 55.

genügend Rechnung getragen wird. Dadurch wird aber die durch die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gleichzeitig bezweckte Verminderung der Geschäftsbelastung in gewissem Umfange vereitelt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Aufwand der erforderlichen Prüfung den Entlastungseffekt noch rechtfertigt[62] oder ob nicht in vielen Fällen die Ermittlung des Revisionsgrundes langwieriger sein kann als die Entscheidung in der Sache selbst[63].

Das Problem läßt sich nicht damit lösen, daß die Senate hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung dadurch entlastet werden, daß man etwa eine Vorprüfungsabteilung - nach dem Vorbild der früheren französischen Chambre des requêtes[64] - einrichtet oder daß man die Auswahl jeweils nur drei Richtern eines Senates überträgt.

Eine Vorprüfung durch weniger qualifizierte Richter verbietet sich von selbst, da der Ausleseprozeß von elementarer Bedeutung ist, der dem Revisionsgericht nicht abgenommen werden darf[65]; zudem können die anstehenden Fragen bis an die sachliche Begründetheit heranreichen, so daß dem zuständigen Senat vorgegriffen würde[66].

Ein dreiköpfiges Beschlußgremium wäre einerseits unwirtschaftlich, weil der Senat im Falle der Annahme die gleichen Probleme doppelt behandelt müßte[67], des weiteren liefe man Gefahr, daß schon innerhalb eines Senates der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung unterschiedlich interpretiert würde. Schon wegen der zu erstrebenden Vereinheitlichung in der Begriffsanwendung, aber vor allem wegen des grundlegenden Einflusses auf das künftige Revisionsverfahren, muß der ganze Senat die Annahmegründe gemeinsam erarbeiten[68].

---

62) Borck, WRP 1975, 709.
63) H.Schneider, NJW 1975, 1539.
64) Vgl. dazu Schwinge, S. 232; Bucher, NJW 1963, 929.
65) Ebenso Vollkommer, JZ 1964, 162.
66) Kommissionsbericht 1961, S. 157; Pohle, Gutachten, S. 51.
67) Möhring, JZ 1972, 268.
68) Vgl. dazu auch Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 14, 34, 59, 75, 76.

Die Sachlage führt zu dem Ergebnis, daß trotz grundsätzlicher Befürwortung, den Bundesgerichtshof die Revisionswürdigkeit beurteilen zu lassen, eine entsprechende Regelung nicht praktikabel ist, weil sie eine Entlastung weitgehend verhindern würde[69]. Wenn man an solchen Zugangsbeschränkungen festhält, die einer eigenen Vorprüfung bedürfen, kann diese dem Bundesgerichtshof allenfalls zu Teilen übertragen werden. Der Umfang der verbleibenden Kompetenz ist an den Überlegungen zu messen, daß einerseits nur oberflächliche Prüfungen insbesondere den Revisionen wegen grundsätzlicher Bedeutung nicht dienen, daß sich andererseits aber der Kreis der in Frage kommenden Fälle mit dem Aufwand der Vorprüfung verringern muß[70], und damit im Ergebnis auch kein Gewinn erbracht ist.

Aus Gründen der Entlastung müßte der Bundesgerichtshof daher von der Beurteilung der Revisionswürdigkeit weitgehend freigehalten werden.

12.1.3. Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit

Stellt man die Bedenken, die sich aus den Kapazitätsgrenzen ergeben, zunächst zurück und bleibt man - bis zur endgültigen Abwägung der einzelnen Gesichtspunkte[71] - dabei, dem Bundesgerichtshof im Anschluß an 12.1.1.4. die Entscheidung über den Revisionszugang zuzuweisen, dann ist schließlich zu klären, inwieweit zu berücksichtigen ist, daß mit Erlaß des Berufungsurteils keine Klarheit darüber besteht, ob der Spruch des Gerichts revisibel ist oder nicht[72].

---

69) Holste, AnwBl 1958, 1; Paulus, ZZP 71, 219; Kommissionsbericht 1961, S. 157 f (Mehrheitsvotum); Pohle, Gutachten, S. 41; Esser, JZ 1962, 514; Borck, WRP 1975, 709; Bruns, Rn. 274 a. A.A. Fischer, BB 1954, 1007 (sofern keine Begründung verlangt wird); Baur, ZZP 71, 180; ähnlich Heusinger, ZZP 76, 340, und H.Arndt, DRiZ 1962, 202, für den Fall der Nichtzulassungsbeschwerde.

70) Baur, ZZP 71, 179.

71) Unten 12.2.

72) Vgl. dazu Kommissionsbericht 1961, S. 158; Jagusch, NJW 1963, 4; Möhring, JZ 1972, 268; Borck, WRP 1975, 709 f; Lässig, NJW 1976, 270.

Die Parteien werden monatelang in ihren Dispositionen behindert[73]; die Anwälte geraten in eine schwierige Lage, weil ihnen Anhaltspunkte dafür fehlen, wann der zuständige Senat eine Rechtssache für grundsätzlich hält[74]; die Rechtskraft des oberlandesgerichtlichen Urteils steht bis zum Abschluß des Annahmeverfahrens in Frage[75]; nicht zuletzt wird dem Revisionskläger ein kaum kalkulierbares Kostenrisiko zugemutet, da er bei Ablehnung der Annahme nach § 97 I kostenpflichtig ist[76].

In welchem Maße die Interessen der klagenden Partei beachtet werden müssen, erfährt zum Teil dadurch eine verzerrte Darstellung, daß die Einzelfallgerechtigkeit nur als Mittel zum Zweck angesehen wird, während der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung ein höherer Rang innerhalb der Revisionszwecke eingeräumt wird[77], und man daher die Stellung der Parteien insgesamt vernachlässigen zu können glaubt.

---

73) Nach Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265, folgte zwischen dem 1.1.1976 und dem 30.6.1977 in fast der Hälfte aller Fälle die Annahmeentscheidung erst drei bis vier Monate nach Eingang der Revisionsbegründung, zum Teil sogar noch später.

74) Insbesondere bei fehlender Begründung früherer Entscheidungen, Möhring, JZ 1972, 268. - Ein besonderes Problem stellt sich für die Sprungrevision (§ 566 a): Gemäß § 566 a IV verzichten die Parteien durch die Einlegung der Sprungrevision und die Einwilligungserklärung der Gegenpartei auf das Rechtsmittel der Berufung, ohne absehen zu können, ob die Revisionsinstanz durch die Annahme (§ 566 a III) eröffnet wird. Damit wird die ohnehin geringe Bedeutung der Sprungrevision noch weiter zurücktreten. (Nach Angaben des Bundesjustizministeriums gab es bis 1975 jährlich im Schnitt nur 5-6 Sprungrevisionen). Vgl. auch die Prognose in BT-Dr 7/3596, S. 8.

75) Jagusch, NJW 1963, 4; allgemein dazu Münzberg, Rechtskraft bei oberlandesgerichtlichen Urteilen, NJW 1977, 2058; vgl. auch BGH NJW 1978, 1442.

76) Vgl. oben 10.2. N. 16.

77) Vgl. zu dieser verfehlten Betrachtungsweise oben 5.3.3.; zu den Begründungsschwierigkeiten, die sich für diese Ansicht aus der Initiative und Kostenlast der Parteien ergeben, Pawlowski, ZZP 80, 354 f.

So verwirft Heusinger das Bedenken, die private Initiative werde mißbraucht, damit, daß es der Revision seit jeher wesenseigen sei, daß sie den Parteiinteressen nur zum Teil zugute komme[78]. Der Nachteil der Rechtsmittelunsicherheit[79] sei unvermeidbar[80].

Ähnlich argumentiert Baur: zwar sei bei der Zulassung durch den Bundesgerichtshof der Instanzenzug nicht mehr berechenbar, aber wenn man sich zur Notwendigkeit der Rechtseinheit bekenne, sei der Vorwurf der fehlenden Rechtsmittelklarheit unberechtigt[81].

Vollkommer[82] weist ebenfalls auf den Nachteil der Rechtsunsicherheit hin[83], zählt ihn aber zur Natur der Grundsatzrevision, gegen die keine entscheidenden Einwände erhoben werden könnten; gerade diese Konstruktion - die Zulassung durch den Bundesgerichtshof - lege den eigentlichen Charakter des Rechtsmittels offen dar.

Eine solche Betrachtungsweise degradierte aber die Parteien zu Werkzeugen staatlicher Interessen. Diese Rolle darf den Prozeßbeteiligten, die immerhin Motor des Verfahrens sind und schließlich die anfallenden Kosten zu tragen haben, weder während des Verfahrens zugedacht werden, noch bei der hier zur Diskussion stehenden Vorauswahl[84].

---

78) ZZP 76, 335 f.
79) Bei der Nichtzulassungsbeschwerde.
80) AaO, 340.
81) ZZP 71, 187. Baurs Ausgangspunkt ist allerdings nicht die Abwägung der Revisionszwecke im allgemeinen, sondern die Notwendigkeit der Zulassung (Annahme) durch den Bundesgerichtshof.
82) JZ 1964, 161.
83) Aufbauend auf den Erfahrungen amerikanischer Rechtsanwälte mit dem writ of certiorari zum US Supreme Court, aaO S. 159.
84) Schwinge, S. 214 f; Bruns, Rn. 274 d, 275 b. Vgl. auch Schlüter, AnwBl 1963, 229: "Die Prozeßparteien sind aber nicht Objekte zur Verwirklichung allgemeiner Interessen".

Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips fordert weitgehende Rechtsmittelklarheit, sie muß als unverzichtbare Maxime jeder Rechtsmittelregelung erhalten bleiben[85]. Die Statthaftigkeit der Revision muß sich daher mit größtmöglicher Sicherheit erkennen lassen[86].

Diese Sicherheit ist vor allem deswegen nicht gewährleistet, weil die relevanten Kriterien so weit gefaßt sind, daß eine Prognose durch die Anwälte und Parteien nur in wenigen Fällen möglich sein wird[87]. Der Vorteil für die Gerichte, eine äußerst elastische Formel anwenden zu können, deren Handhabung sie nicht einmal begründen müssen, stellt sich für die Parteien als erheblicher Nachteil dar, wenn die Verfahrensauswahl beim iudex ad quem liegt.

Aus Gründen der Rechtsmittelklarheit verböte sich die Zugangsentscheidung durch den Bundesgerichtshof daher ausnahmslos[88].

12.2. Abwägung der Gesichtspunkte

Für die Verteilung der Kompetenz, über die Revisionswürdigkeit zu entscheiden, läßt sich keine eindeutige Lösung finden. Den Revisionszwecken wird nur die alleinige Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes gerecht, während die notwendige Entlastung allenfalls eine begrenzte Beschäftigung des Revisionsgerichts mit diesen Fragen gestattet. Die von den Parteien zu fordernde Rechtsmittelklarheit verbietet

---

85) Paulus, ZZP 71, 219; Lässig, NJW 1976, 270. Für den Sonderfall der Ermessensannahme vgl. oben 10.2. und 10.3.1.

86) Holste, AnwBl 1958, 4; Pohle, Gutachten, S. 40; Borck, WRP 1975, 710.

87) Das wird auch durch die jüngste BGH-Rechtsprechung eindrucksvoll belegt, vgl. BGH MDR 1977, 295 (dazu 10.2. N. 16): "Die Entscheidung ... läßt sich nicht mit einiger Sicherheit vorhersehen"; "(es ist) objektiv ungewiß, wie die Entscheidung ausfallen wird"; "... das nicht abschätzbare Risiko ...".

88) Ebenso Holste, AnwBl 1958, 4; Paulus, ZZP 71, 219; Schwinge, S. 215; Esser, JZ 1962, 514; Borck, WRP 1975, 709 f; Lässig, NJW 1976, 270.

einen Schwebezustand gänzlich; danach wäre eine generelle Zulassung durch die Berufungsgerichte erforderlich. Allerdings könnte im Gegenzug das Bedürfnis nach einer Kontrolle der Zulassungspraxis entstehen, womit die endgültige Entscheidung im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde wiederum auf den Bundesgerichtshof verlagert würde.

Es macht aber mehr als nur einen graduellen Unterschied aus, daß der Rechtsmittelführer nach abgelehnter Zulassung selbst entscheiden kann, ob er sich mit der Ansicht des Oberlandesgerichts zufrieden geben oder ob er Beschwerde beim Bundesgerichtshof einlegen will, insbesondere, wenn er - was generell zu fordern ist - die Begründung der Entscheidung kennt. Für die Nichtzulassungsbeschwerde selbst gilt allerdings das gleiche wie für die Zulassung (oder Annahme) durch den Bundesgerichtshof: beide laufen dem Interesse an einem eindeutig bestimmbaren Instanzenzug zuwider[89].

Dieser Einwand muß daher zurückgestellt werden - er spricht zwar auch in erheblichem Maße gegen eine Entscheidungskompetenz des Bundesgerichtshofes, doch greift er, sofern man nicht auf jede Kontrolle der oberlandesgerichtlichen Zulassung verzichten will, wesentlich tiefer: er richtet sich gegen jegliche Art einer Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung.

Die beiden artikulierten Reformziele, die effektive Konzentrierung auf die Revisionszwecke und die Entlastung des Bundesgerichtshofes, stehen in einem unlösbaren Widerspruch, da sich ein echtes Rangverhältnis für diese verbleibenden Gesichtspunkte nicht finden lassen kann. Man kann allenfalls sagen, daß der Zweckerfüllung äußere Grenzen gesetzt sind, die die Art der unumgänglichen Kompromißlösung bestimmen. Das gilt aber für die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung in gleichem Umfange wie für die frühere

---

89) Ebenso Holste, AnwBl 1958, 4.

Streitwertrevision, die durch die Erhöhung der Erwachsenheitssumme ebenfalls die unmittelbaren Kontrollmöglichkeiten des Bundesgerichtshofes beschnitt.

Gleichgültig, wie man sich auch immer entscheiden will, es ist darauf zu bestehen, daß dem Revisionsgericht eine gewisse Breite der Kontrolle erhalten bleibt. Diese sollte aber in erster Linie die Behandlung der Rechtssache selbst zum Gegenstand haben und nicht so sehr, ob die Fragen auch grundsätzlichen Charakter haben[90].

Für die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung insgesamt hat sich erwiesen, daß sich die Erfüllung der Revisionsaufgaben durch die Auswahl nach der grundsätzlichen Bedeutung der Verfahren allenfalls dann verbessern ließe, wenn der Bundesgerichtshof selbst über die Statthaftigkeit entschiede. Da das wegen des zusätzlichen Aufwandes, der nicht unterschätzt werden darf, wenn die Aufgabe ernst genommen und Willkür vermieden werden soll, nur in beschränktem Umfang zu realisieren ist, zeigt sich schon hier[91], daß die mit der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung verfolgten Ziele zu weiten Teilen Theorie bleiben müssen.

12.3. Die Lösung des Gesetzes

Der Regierungsentwurf vom 4.4.1973[92] sah die umfassende Zulassung durch die Berufungsgerichte vor, deren Entscheidung im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde überprüft

---

90) Vgl. den Vortrag von Schlüter auf dem 32. Deutschen Anwaltstag in Goslar 1963: "...Zehn richtige Urteile sind uns lieber als hundert richtige Beschlüsse in Nichtzulassungsbeschwerden" (AnwBl 1963, 228); siehe auch bei Jagusch, NJW 1963, 567, der eine weitläufige Untersuchung über die Grundsätzlichkeit anstelle der Sachprüfung befürchtet.

91) Ohne im einzelnen auf die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung eingegangen zu sein (dazu sogleich im Dritten Teil).

92) BT-Dr 7/444, S. 18 f.

werden konnte. Deren Vorteile liegen darin, daß dem Bundesgerichtshof ein weitreichendes Kontrollmittel zur Verfügung gestellt wird[93], das vor allem der Gefahr der Regionalrechtsprechung entgegenwirkt, da es auch in den unteren Streitwertbereichen eingreift, daß den Parteien entsprechend - hinsichtlich der Auswahl - ein Höchstmaß an Rechtsschutz gewährt wird[94], und daß die Möglichkeit gegeben ist, relativ schnell zu einheitlichen Zulassungsgrundsätzen zu kommen[95].

Der Nachteil, der letztlich auch zur Abkehr von diesem Vorschlag geführt hat, ist die befürchtete Überlastung mit Entscheidungen zur Grundsätzlichkeit, die auf Kosten der eigentlichen Sachurteile hätten ergehen müssen[96].

Die jetzige Kombination von Annahme- und Zulassungsrevision trägt in der Anlage zu einem gewissen Teil der Forderung Rechnung, daß die Kriterien der Revisionswürdigkeit von dem Zentralgericht festgelegt werden müssen und daß eine unmittelbare Kontrolle stattfinden muß. Allerdings unterfallen diesem Verfahren nur ein geringer Teil der Revisionen[97], im übrigen bestimmen allein die Berufungsgerichte, wann ein Rechtsfall revisibel ist, ohne daß sie mit einer Nachprüfung ihrer Entscheidung zu rechnen haben[98]. Insofern ist die

---

93) Heusinger, ZZP 76, 335; BT-Dr 7/444, S. 18,21; 7/3596, S. 4.
94) Paulus, ZZP 71, 214.
95) Kommissionsbericht 1961, S. 159; BT-Dr 7/444, S. 20. Allerdings kommt dieser Effekt nur bedingt zum Tragen, wenn die Gründe unerörtert bleiben, Möhring, JZ 1972, 269.
96) BT-Dr 7/3596, S. 4. Dazu Kraemer, ZZP 64, 138; Paulus, ZZP 71,213 f; Kommissionsbericht 1961, S. 159; Schlüter, AnwBl 1963, 226; Arnold, JR 1975, 488. Johannsen wollte deswegen die Nichtzulassungsbeschwerde auf Divergenzrevisionen beschränken (so jetzt § 72 a E-ArbGG - siehe oben 11.3.1.; vgl. dazu Wenzel, ZRP 1978, 207). Für die Nichtzulassungsbeschwerde H.Arndt, DRiZ 1962, 202; Heusinger, ZZP 76, 340; Lässig, NJW 1976, 269.
97) Ca. 10%, vgl. hierzu Möhring/Nirk in 25 Jahre Bundesgerichtshof (1975), S. 307 N.18; Ullmann, GRUR 1977,528.
98) Zu beachten ist allerdings, daß die Revision trotz Nichtzulassung eingelegt werden kann mit der Begründung, die Revisionssumme sei erreicht (§ 554 IV). Der Bundesgerichtshof muß die Wertfestsetzung dann prüfen und ggf. berichtigen, so daß die Revision nachträglich annahmefähig werden kann.

Zulassung entgegen der Intention des Regierungsentwurfs unverändert geblieben, was zur Folge hat, daß weiterhin mit einer unterschiedlichen Zulassungspraxis zu rechnen ist.

Die Regelung der Annahmerevision ermöglicht aber eine Abkürzung des Verfahrens, die mit der vorgesehenen Aufgabenstellung unvereinbar ist. So wird die wünschenswerte mündliche Verhandlung freigestellt; unter dem Druck des Geschäftsanfalls ist von ihr bisher kein Gebrauch gemacht worden[99]. Die unumgängliche Pflicht zur Begründung ist mit Rücksicht auf möglichst weitgehende Entlastung überhaupt nicht normiert worden[100]. Nach den Gesetzesmaterialien sei aber in geeigneten Fällen mit einer kurzen Begründung zu rechnen, um die Grundsätze der Revisionswürdigkeit zu entwickeln[101]. Diese Möglichkeit ist bisher kaum wahrgenommen worden[102], obwohl unabhängig von einer entsprechenden Erweiterung des § 554 b III eine Rechtfertigung der Ablehnung unabdingbar ist.

Stellt man die Regelung des Gesetzes und die daraus folgenden Handhabungsmöglichkeiten den vorangegangenen theoretischen Erwägungen gegenüber, so ergibt der Vergleich der einzelnen Gesichtspunkte, daß auch bei der Auswahl nach der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache den Entlastungsbemühungen ein eindeutiger Vorrang eingeräumt worden ist. Der Streitwertbereich für die Zulassungsrevision ist noch erweitert worden, und nach der jetzigen Praxis gelingt es nicht einmal in dem beschränkten Rahmen der Annahmerevision, den unter 12.1.2.2./3. aufgezeigten Anforderungen gerecht zu werden.

12.4. Folgerungen

Aus dem Widerstreit, daß eine kurze - der Entlastung günstige - Annahmeprüfung dem Zweck der Auswahl zuwiderläuft,

---

99) Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265.
100) Dazu BT-Dr 7/444, S. 34 (zur Nichtzulassungsbeschwerde); BT-Dr 7/3596, S. 8.
101) BT-Dr 7/3596, S. 8; Arnold, JR 1975, 491 N. 42
102) Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265.

eine intensive Untersuchung hingegen die Entlastung zunichte macht, stellt sich die Frage nach dem tatsächlichen Vorteil der Annahmerevision gegenüber der bisher praktizierten Streitwertrevision[103].

Die Streitwertrevision kommt ohne die jetzt erforderliche Voruntersuchung aus, die zum einen wegen der mangelnden Konkretisierbarkeit der anzuwendenden Kriterien die Gefahr ungleicher Entscheidungen birgt und zum anderen das Verfahren wegen der systemimmanenten Rechtsmittelunsicherheit in einen Schwebezustand versetzt.

Die Erkenntnis, daß es keine uneingeschränkt akzeptable Lösung für die Verteilung der Kompetenzen der richterlichen Zugangsbestimmung gibt, um effektiv über die besondere Revisionswürdigkeit befinden zu können, spricht dafür, auf eine weitere Verengung des Rechtsmittels wie im bisherigen Umfang zu verzichten.

Die hier dargestellten Schwierigkeiten und Einwände haben neben der Fragwürdigkeit der Auswahlsgesichtspunkte erhebliches Gewicht, für ein abschließendes Urteil fehlt jedoch die Untersuchung, in welchem Umfang sich im Einzelfall der Nutzen für die Allgemeininteressen erkennen läßt[104] und welchen Einfluß die nahezu ausschließliche Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung auf die gesamte Rechtsprechung hat[105].

12.5. Exkurs: Der Zugang zu den obersten Gerichten nach anglo-amerikanischem Recht

Die durch die Novelle 1975 eingeführte Entscheidungskompetenz des iudex ad quem ist im deutschen Recht ohne Vorbild.

---

103) Sofern man der Annahmerevision ein höheres Ziel unterstellt als nur die Einführung eines massiven Entlastungsmittels, mit dem ermöglicht werden soll, den Geschäftsanfall je nach Bedarf zurückzuschneiden (so, wie es mit der Ermessensannahme expressis verbis beabsichtigt ist).

104) Dazu 16.

105) Dazu 17.

Ähnliche Verfahrensgestaltungen lassen sich hingegen im anglo-amerikanischen Rechtskreis finden[106]. So ist das Element der Annahme auch als erstmals eingeführtes angelsächsisches Moment bezeichnet worden[107]. Insbesondere die Darstellung des amerikanischen writ of certiorari zum Supreme Court of the United States[108] war Ausgangspunkt für Erwägungen, im deutschen Recht eine ähnliche Zulassungsform für den Bundesgerichtshof zu konzipieren[109].

Der Beurteilung des jetzigen Rechtszustandes anhand von Erfahrungen mit ausländischen Rechtsordnungen sind aber sehr enge Grenzen gesetzt, weil die zu berücksichtigenden Grundlagen, wie z.B. die jeweilige Rechtstradition, die Struktur und die Aufgaben der Gerichte, einen Vergleich kaum zulassen[110]. Dennoch scheint die Heranziehung anglo-amerikanischer Verfahrensregeln unverzichtbarer Bestandteil einer das Grundsatzprinzip befürwortenden Argumentation zu sein.

---

106) In Schweden, Norwegen und Finnland sind die Rechtsmittel gegen die Urteile der zweitinstanzlichen Gerichte an die jeweils obersten Gerichtshöfe ebenfalls von der Zulassung durch den iudex ad quem abhängig (in Norwegen nur unterhalb einer bestimmten Wertgrenze, zur Zeit 8.000 nkr). Zulassungsgrund ist aber nicht nur die besondere Bedeutung der Rechtssache, sondern ebenso die Kontrolle fehlerhafter Entscheidungen oder das wirtschaftliche Gewicht des Streits. Zweck der Zulassung ist somit nur die Ausscheidung von Bagatellfällen und offensichtlich unbegründeten Rechtsmittelklagen. Diese Auswahlgesichtspunkte lassen daher keinen Vergleich mit der deutschen Annahmerevision zu. Vgl. im einzelnen die Darstellung von Prütting, S. 53 - 55.

107) Justizminister Vogel, Verhandlungen d. Bundestages, Sten.Berichte, Bd. 93, 171. Sitzung, S. 12.006.

108) Im einzelnen unten 12.5.2.

109) Baur, ZZP 71, 171 ff; Vollkommer, JZ 1964, 161; Mann, DRiZ 1965, 76; starke Parallelen auch bei Bender, DRiZ 1973, 378 (dazu unten 12.5.2.). Ablehnend Kirchberger, NJW 1955, 1497; Jagusch, NJW 1953, 162; Pohle, Gutachten, S. 41 f.

110) Jagusch, DRiZ 1953, 162; Mann, DRiZ 1965, 76; Prütting, S. 47. Für die Gesetzesberatungen vgl. den Bericht von Arnold, JR 1975, 488 N. 25.

12.5.1. England

In England bedarf das formelle Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Court of Appeal zum House of Lords, dem obersten Appellationshof für das Vereinigte Königreich[111], der besonderen Zulassung[112]. Der leave to appeal kann sowohl von dem iudex a quo erteilt werden als auch - bei Ablehnung durch jenen - von einem Vorprüfungsausschuß (Appeal Committee) beim House of Lords[113]. Die Zulassungsgründe sind aber nicht spezifiziert, die Erteilung liegt allein im Ermessen der Richter, für das es kaum Anhaltspunkte gibt, da die Entscheidungen nicht begründet werden[114]. Allgemein läßt sich lediglich sagen, daß die Zulassung in der Regel nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (" a point of principle") gewährt wird[115], sofern der Kläger die Richter in einer mündlichen Verhandlung davon überzeugen kann, daß die angegriffene Entscheidung falsch ist[116].

Aus der Bewährung der englischen Praxis lassen sich jedoch für das deutsche Recht keine Ableitungen herstellen. Zum einen wird man die Freiheit des Ermessens nicht auf deutsche Verhältnisse übertragen können, zum anderen würde die wesentlich stärkere Bedeutung der ersten Instanz und die daraus folgende Zurückdrängung des Rechtsmittelwesens[117] nur ungenügend berücksichtigt.

12.5.2. Vereinigte Staaten

Näheres Eingehen verdient die Zulassungspraxis des Supreme Court of the United States (USSC), weil vergleichende Querverbindungen regelmäßig von ihr ausgehen[118].

---

111) Zum englischen Gerichtssystem siehe Bunge, S. 22 f; 109 ff; Vollkommer, ZZP 73, 145 ff; Mann, DRiZ 1965, 75 ff.
112) Bunge, S. 113; Prütting, S. 56.
113) Mann, DRiZ 1965, 78; Bunge, S. 113.
114) Prütting, S. 57.
115) Vollkommer, ZZP 73, 193; Bunge, S. 113.
116) Mann, DRiZ 1965, 78.
117) Nach Mann, DRiZ 1965, 76, werden 98,5% der Streitigkeiten in erster Instanz abschließend geklärt. Vgl. auch zu dem Bemühen der solicitors und barristers, schon vor der eigentlichen Verhandlung zum Ausgleich zu kommen, die Darstellung bei Bruns, Rn. 16 und 81 b.
118) Vgl. oben N. 109, 110.

Die amerikanische Gerichtsverfassung[119] ist von der Doppelspurigkeit der Instanzenzüge der Gliedstaaten und des davon unabhängigen bundesstaatlichen Rechtsmittelzuges geprägt[120]. Der Supreme Court ist Rechtsmittelgericht für die Entscheidungen der höchsten Einzelstaatengerichte (state supreme courts), der Bundesgerichte (destrict courts und courts of appeal) und der Bundessondergerichte[121].

Das zahlenmäßig bedeutendste Rechtsmittel - auf das die vergleichenden Betrachtungen beschränkt werden sollen - ist der writ of certiorari[122]. Der Supreme Court wird nur aufgrund einer von ihm selbst ausgesprochenen Zulassung tätig, über die er in voller Besetzung ohne mündliche Verhandlung entscheidet[123]. Zwar steht die Gewährung der Zulassung - wie in England - allein im Ermessen der Bundesrichter, jedoch sind den allgemeinen Verfahrensvorschriften, den Rules of the Supreme Court[124], gewisse Umschreibungen für besondere Zulassungsgründe zu entnehmen.

Rule 19 führt unter anderem auf: Fragen rechtsgrundsätzlicher Bedeutung, die vom Supreme Court noch nicht oder anders entschieden wurden, weiter reine Divergenzfälle in Fragen des Bundesrechts[125] wie auch die Verfahrenskontrolle bei erheblichem Abweichen von anerkannten und üblichen gerichtlichen Grundsätzen (" ... has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings ... as to call for an exercise of this courts power of supervision"). Die

---

119) Dazu Kirchberger, NJW 1955, 1497 f; Haller, S. 97 ff.
120) Siehe dazu die Übersicht bei Blumenwitz, S.134.
121) Z.B. Court of Claims, Court of Customs and Patent Appeal.
122) Ca. 90% sind certiorari-Sachen, Haller, S. 106. - Daneben werden außer einigen erstinstanzlichen Zuständigkeiten zwei weitere Rechtsmittel unterschieden: certification als Vorlageverfahren durch ein unteres Gericht zur Klärung einer Rechtsfrage und appeal als zulassungsfreie Nachprüfung von Entscheidungen ganz bestimmter Rechtsgebiete (Vgl. Kirchberger, NJW 1955, 1497).
123) Kirchberger, NJW 1955, 1498; Vollkommer, JZ 1964, 153.
124) Für die letzte Fassung Title 28 der United States Code Annotated.
125) Zwischen zwei courts of appeal (der häufigste Zulassungsfall) oder einem court of appeal und einem state supreme court.

genannten Fälle sind aber nur Anhaltspunkte[126], die dem richterlichen Ermessen unterliegen ("neither controlling nor fully measuring the courts discretion").

Die starke Betonung des richterlichen Ermessens ("A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion"), nach dem das ganze Verfahren "discretionary review" genannt wird, ist auf deutsche Verhältnisse nur schwer übertragbar[127]. Denn allein der Umstand, daß der writ of certiorari ebenfalls eine Zulassung durch den iudex ad quem verlangt, die sich unter anderem an der grundsätzlichen Bedeutung orientiert, erlaubt noch keine Rückschlüsse für das deutsche Recht[128].

Das amerikanische Gerichtssystem weist dem Supreme Court zunächst eine grundlegend andere Stellung zu als die deutsche Gerichtsverfassung dem Bundesgerichtshof, da schon jeder Bundesstaat über einen eigenen abgeschlossenen zwei- oder dreistufigen Instanzenzug verfügt, neben denen der Rechtsweg zu den Bundesgerichten offensteht, wenn Bundesrecht betroffen ist und ein bestimmter Streitwert erreicht wird[129]. Der Supreme Court ist vor allem Hüter der Verfassung (custodian), wenn ihm auch gleichzeitig die Wahrung der Einheit des Bundesrechts auf allen Gebieten anvertraut ist. Er erfüllt damit zugleich die Funktionen unseres Bundesverfassungsgericht und des in Art 95 I GG a.F. vormals

---

126) Einen genauen Überblick geben Vollkommer, JZ 1964, S. 154, und Prütting, S. 59 ff.
127) Bezeichnend ist der Ausspruch des USSC in einer bei Kirchberger NJW 1955, 1499, zitierten Entscheidung, daß der writ trotz der aufgestellten Regeln lediglich ein Gnadenakt sei (matter of grace).
128) Vgl. auch N. 110.
129) Dazu Vollkommer, JZ 1964, 160, mit Hinweis auf die Ausnahmen.

vorgesehenen Obersten Bundesgerichts[130),131)].

Der Zweck des Verfahrens bringt es daher mit sich, daß häufig dann ein writ erteilt wird, wenn gleichzeitig mit der Entscheidung zu einer einzelnen Rechtsfrage eine bestimmte politische Frage Klärung finden kann[132)]. Dem Gericht ist aufgrund seines weiten Ermessensspielraums allerdings die Möglichkeit gegeben, solange die Zulassung von Verfahren mit an sich klärungsbedürftigen Problemen zu verweigern, bis diese in einer für die Darstellung der Ansicht des Gerichts besonders günstigen Form auftauchen[133)].

Bezeichnend für die Zielrichtung des certiorari-Verfahrens ist weiter die bei Prütting[134)] dargestellte sog. "cue-theory" von Tanenhaus, Schick, Muraskin und Rosen[135)], mit der versucht werden soll, die Gesichtspunkte aufzuzeigen, die die Wahrscheinlichkeit der Zulassung deutlich steigern. Die Verfasser kommen zu dem Ergebnis, daß es sich insbesondere um drei "cues"[136)] handelt: (a) die Beteiligung des Staates als Partei, (b) die Divergenz zwischen Richtern, zwischen Gerichten und zwischen Behörden, (c) die Grundrechte der amerikanischen Verfassung als Gegenstand des Streits[137)].

---

130) Kirchberger, NJW 1955, 1499.
131) Daß der Supreme Court diese Aufgaben regelmäßig nur im Wege einer Entscheidung über die Rechte und Pflichten Einzelner wahrnehmen kann, ist eine zu berücksichtigende Eigenart des amerikanischen Justizstaats; Vollkommer, JZ 1964, 158. Nach herrschender amerikanischer Auffassung werden allerdings zwei Instanzen für die Einzelfallgerechtigkeit für ausreichend gehalten; vgl. Ch.Bunn, A Brief Survey of the Jurisdiction and Practice of the Courts of the United States, S. 198, 261.
(Zum Streitstand im deutschen Verfahrensrecht vgl. oben 5.3.3.1.). Dennoch besteht auch die Möglichkeit, daß das Rechtsmittel, insbesondere in Strafverfahren, bei offensichtlichen Fehlurteilen (cross miscarriage of justice) zugelassen wird. Nachweise bei Vollkommer, aa/, N. 29/30).
132) Prütting, S. 63.
133) Haller, S. 186.
134) S. 63.
135) In: Judicial Decision-Making, 1963, S. 111 ff.
136) Bei Prütting mit "Schlüsselgesichtspunkte" übersetzt.
137) Zu der statistischen Auswertung Prütting aaO.

Auf die deutsche Revision übertragen, findet nur die Divergenz zwischen zwei Gerichten ihre Parallele: der Staat als Partei eines zivilrechtlichen Verfahrens hat regelmäßig keine besondere Stellung; gegen Grundrechtsverletzungen ist der Verfassungsrechtsweg gegeben, der ganz anderen Auswahlgesichtspunkten folgt[138]; die abweichenden Auffassungen verschiedener Behörden betreffen allenfalls das Verwaltungsgerichtsverfahren; die dissenting opinion eines Richters schließlich muß dem Revisionsgericht wegen des Beratungsgeheimnisses verborgen bleiben[139].

Daß aufgrund der umfassenden Zuständigkeit an der inneren Richtigkeit des Ausleserechts als Gestaltungsprinzip für das Rechtsmittel zur höchsten Instanz in den Vereinigten Staaten nicht mehr gezweifelt wird[140], reicht als Argumentationsgrundlage für eine Übertragung auf bundesdeutsches Revisionsrecht nicht aus. Dem Gang zum Supreme Court liegt ein anderes Rechtsmittelverständnis zugrunde, das eine systematische Analyse äußerlich gleicher Erscheinungen verbietet[141].

Ein Blick auf einige Einzelgesichtspunkte zeigt, daß die Gemeinsamkeiten in Wahrheit gering sind. Trotz der Größe des Wirkungsbereiches ist die Richterzahl seit 1869 bei neun gehalten worden[142], so daß das Gewicht eines Zulassungsgrundes seit jeher in hohem Maße von der jeweiligen Arbeitsbelastung bestimmt wird. Daneben spielt auch die Erfolgsaus-

---

138) Zur Annahmeprüfung des BVerfG und der des BGH Bruns, Rn. 275 a.

139) Vgl. dazu Bruns, Rn. 80 c mit N. 12 und Rn. 209 a mit N. 27. Gegen die Beibehaltung des Beratungsgeheimnisses Möhring, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 67/8; A.Arndt, AnwBl 1963, 222.

140) Vgl. die Nachweise bei Vollkommer, JZ 1964, 159 N. 101, 102.

141) Bemerkenswert und den Anhängern einer Übernahme amerikanischer Vorbilder entgegenzuhalten ist die Regelung der Verfahrenszulassung zu den obersten Gerichten New Yorks und Texas', bei denen entgegen früherer Übung die mögliche grundsätzliche Bedeutung kein eigenes Gewicht mehr hat; vgl. dazu im einzelnen oben 9.2.1. N.79 m.w.N.

142) In einem direkten Vergleich muß dem die Gesamtzahl aller Senate der deutschen obersten Bundesgerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts gegenübergestellt werden.

sicht eine gewisse Rolle[143], eine Erwägung, die innerhalb der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung verpönt sein soll. Dieser Aspekt wie auch die uneingeschränkte Auswahlzuständigkeit und das Fehlen jeder Streitwertgrenze erinnern eher an den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht[144], obwohl auch ein solcher Vergleich schnell seine Grenzen finden müßte.

Die Zulassungsprüfung selbst ähnelt allerdings mehr dem Annahmeverfahren vor dem Bundesgerichtshof. An der Beratung über die Zulassung nehmen sämtliche Richter teil, allerdings reicht für die Stattgabe des Antrags eine qualifizierte Mehrheit von vier Stimmen[145]. Gleichermaßen der Kritik ausgesetzt wie hierzulande ist das Fehlen einer Begründung und die dadurch verstärkte Rechtsmittelunsicherheit[146]. Die Abstimmung der Rechtsmittelklage auf die Ziele des Supreme Court wird allerdings noch dadurch erschwert, daß es keine eigene Supreme-Court-Anwaltschaft gibt. Eine geringere Bedeutung hat hingegen die Kostenbelastung der Parteien, deren Initiative sich der Staat zunutze macht, da ihr Hauptanteil auf die Anwaltsgebühren fällt, die auch die obsiegende Partei größtenteils selbst zu tragen hat[147].

Die Reihe der Detailfragen ließe sich noch fortsetzen, doch genügen schon die nur grob beleuchteten Einzelprobleme, um darzulegen, daß eine vergleichende Betrachtung dieser Form keine tragfähigen Argumente erbringen kann, da die Verfahrensausgestaltung untrennbarer Bestandteil fremden Rechtsdenkens ist.

---

143) Vollkommer; JZ 1964, 154; Haller, S. 106; falsch insoweit Kirchberger, NJW 1955, 1498.
144) Aufgrund der fehlenden Streitwertbeschränkung ergibt sich - hinsichtlich der umfassenden Kontrollmöglichkeit - auch eine Parallele zu dem französischen Kassationsrekurs (dazu 5.2.2.3.).
145) Tanenhaus/Schick/Muraskin/Rosen stellen allerdings fest, daß der Supreme Court auf die Gesamtzahl der petitions for a writ kaum Sorgfalt verwenden könne (aaO S. 118), was sich mit den oben vorgetragenen Erwägungen für das deutsche Recht deckt.
146) Kirchberger, NJW 1955, 1498 N. 15.
147) Vgl. Vollkommer, JZ 1964, 159.

Dennoch war die petition for a writ of certiorari in erheblichem Umfange Vorbild für den Vorschlag Benders, eine sog. Zugriffsrevision einzuführen, die es auch dem Bundesgerichtshof ermöglichen sollte, in einem formlosen Verfahren diejenigen Fälle aufzugreifen, die ihm im Einzelfall "zugriffswürdig" erscheinen, ohne daneben bei Vorliegen bestimmter Kriterien gezwungen zu sein, tätig zu werden[148]. Bender versprach sich von seinem Modell, daß alle offenkundig unhaltbaren Fehlurteile korrigiert würden und dennoch die Belastung wegen der erleichterten Steuerbarkeit wesentlich gemindert würde. Für diese Konstruktion gelten jedoch die gleichen Einwände, die zur Ablehnung der Ermessensannahme des § 554 b geführt haben[149], sowie die Überlegungen zu der zusätzlichen Belastung des Gerichts und der Rechtsmittelunsicherheit[150],[151].

Eine Einbeziehung der Erfahrungen mit der amerikanischen Gerichtspraxis führt die Beurteilung der deutschen Reform nicht weiter, auch wenn sich gewisse Ähnlichkeiten feststellen lassen. Zwar ist das Grundsatzprinzip als solches mitbestimmt durch die anglo-amerikanischen Einflüsse der Besatzungszeit[152], die eigentliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts ist aber allein an den Kriterien der jeweils eigentümlichen nationalen Rechtsvorstellungen zu messen.

---

148) DRiZ 1973, 378; ihm folgt Puttfarken JuS 1977, 495. Auch Schreiber, Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 28, hält das Modell für erwägenswert, gibt aber die erheblichen Schwierigkeiten für den Revisionsanwalt zu bedenken. - Gegen Bender insbesondere Meyer-Ladewig, DRiZ 1974, 129.

149) Oben 10.

150) Oben 12.1.2./3.

151) Im Rahmen der Vorarbeiten zu dem Gesetz vom 8.7.1975 hat Bender anläßlich des Hearings des Rechtsausschusses seine Konzeption noch einmal vorgetragen (Sten. Prot.d.Rechtausschusses, 56. Sitzung, S. 19), stieß aber auch dort auf weitgehende Ablehnung, siehe vor allem aaO S. 53 (Nirk) und 62 (Stimpel).

DRITTER TEIL

DIE FÖRDERUNG VON RECHTSEINHEIT UND RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE REVISION WEGEN GRUNDSÄTZLICHER BEDEUTUNG

13. Einführung

In den vorangegangenen Abschnitten ist versucht worden, den Problemen nachzugehen, die die Handhabung der Zugangsbeschränkungen mit sich bringt. Unvollständig geblieben ist bisher die Beantwortung der zentralen Frage, inwieweit die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung, die nach dem neuen Recht den Schwerpunkt der drittinstanzlichen Verfahren bildet, die Verfolgung der Revisionszwecke begünstigt.

An dieser Stelle sind die Ergebnisse des Ersten Teils wieder aufzunehmen. Die Revision dient nicht nur - als Fortsetzung der Verfahren der Vorinstanzen[1] - der Einzelfallgerechtigkeit, sondern erfüllt darüber hinaus wichtige Funktionen für die Allgemeinheit, d.h. für das Recht als Ganzes. Zwischen beiden Zweckrichtungen besteht eine untrennbare Verknüpfung, die eine rangmäßige Unterscheidung zwischen Allgemein- und Individualinteressen nicht erlaubt[2]. Bisher haben sich auch keine Anhaltspunkte dafür finden lassen, daß die konkrete Fallentscheidung aufgrund der veränderten Zugangsbedingungen beeinträchtigt werden könnte, da die Verfahrensordnung weiterhin von der Lösung einer bestimmten Streitigkeit ausgeht und diese damit zur Grundlage aller weiteren Erwägungen macht.

---

1) Unter Anknüpfung an das angefochtene Berufungsurteil, Bruns, Rn. 273 b.
2) Vgl. oben 5.3.3.

Theoretischer Ansatzpunkt für die begrenzte Auswahl und damit Maßstab für die Revisionswürdigkeit soll daher sein, in welchem Umfange zugleich die Allgemeininteressen verfolgt werden können. Ihr Gegenstand sei vor allem die Förderung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung, und ein Rechtsfall sei insbesondere dann von grundsätzlicher Bedeutung, wenn er dazu Gelegenheit gebe[3].

Dem Konzept des Gesetzgebers, das in der Kombination der §§ 546, 554 b verwirklicht worden ist, lag die Vorstellung zugrunde, daß man die revisiblen Streitigkeiten danach unterscheiden könne, ob ihre Entscheidung nur dem konkreten Einzelfall zugute komme oder ob darüber hinaus ein Erfolg für das gesamte Recht zu erwarten sei.

Die Untersuchung in Abschnitt 9. hat ergeben, daß eine Identifizierung grundsätzlicher Rechtsfragen anhand von abstrahierbaren Kriterien nicht möglich ist. Offengeblieben ist aber bisher die Frage, ob dem zuständigen Gericht nicht wenigstens bei der Würdigung eines konkreten Einzelfalls eine entsprechende Analyse gelingen kann, d.h. ob es zutreffend einschätzen kann, welche Bedeutung der Beantwortung einer bestimmten Rechtsfrage zukommt. Die Fragestellung erfordert zunächst eine allgemeine Klärung, was unter Rechtseinheit und unter Rechtsfortbildung zu verstehen ist,

---

3) Daß die Kontrollfunktion des Bundesgerichtshofes wesentlich komplexer ist und sich nicht ohne weiteres auf die Vereinheitlichung und Weiterbildung des Rechts beschränken läßt, ist bei der Behandlung der Verfahrensrevision deutlich geworden. Wenn sich die folgenden Abschnitte ungeachtet dessen ausschließlich mit Fragen der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung befassen, dann deswegen, weil es sich unbestritten um wesentliche Teilbereiche der Allgemeinaufgaben handelt, aber auch, um dem Diskussionsbeitrag weiter das herkömmliche Verständnis des Begriffs der grundsätzlichen Bedeutung zugrunde zu legen (obwohl auch dieser Begriff von seinem notwendigen Inhalt her mehr erfassen muß als nur die beiden genannten Erscheinungen, vgl. 9.1.2.).

und insbesondere - anhand beispielhafter Entscheidungsreihen - eine Darstellung, auf welche Weise sich bisher eine Weiterbildung des Rechts vollzogen hat.

Der abschließende Problemkreis betrifft die Frage, welche Wirkungen eine höchstrichterliche Rechtsprechung mit sich bringen würde, die - nach Ansicht der auswählenden Gerichte - nur zu Fällen mit grundsätzlicher Bedeutung Stellung nimmt. Bis zur Reform von 1975 war der größte Teil der Streitigkeiten, die vor die Schranken des Revisionsgerichts gelangten, durch nichts anderes qualifiziert als durch einen bestimmten Mindestbeschwerdewert; der Weg der rechtlichen Würdigung und ihre Gewichtung entwickelte sich erst im Laufe der Verhandlung. Ihr Ziel war allein die Entscheidung eines Einzelfalles - erst die Fülle höchstrichterlicher Sprüche führte zu konkreter Gestaltung des abstrakten Rechts[4].

Nach neuem Recht gelangt der streitige Rechtsfall hingegen erst nach einer Vorbehandlung[5] in die Sachauseinandersetzung. Die Ermittlung der nach Ansicht der zuständigen Richter revisionswürdigen Fälle dient zwar unmittelbar in gleicher Weise - nur unter anderen Gesichtspunkten - der Beschränkung des Revisionszugangs, doch kann das Auswahlkriterium im Gegensatz zu der summa gravaminis nicht ohne Wirkung auf die Verhandlung bleiben, weil die inhaltlichen Schwerpunkte schon eine gewisse Fixierung erhalten haben[6].

In dem umfassenden Einfluß der grundsätzlichen Bedeutung könnte daher mehr zu sehen sein als nur ein bestimmtes Begrenzungsmittel, es ist nicht auszuschließen, daß sich mit dem Wandel der Zugangsvoraussetzungen auch der Charakter der Revision ändert.

---

4) Pohle, Gutachten, S. 41.
5) Die wegen der fehlenden Begründung kaum nachvollziehbar ist und über deren Intensität sehr unterschiedliche Vorstellungen bestehen, vgl. oben 12.1.2.
6) Innerhalb der Streitwertrevision wäre ein Einfluß auf das Verfahren nur in der Weise denkbar, daß die Revisionssumme bei extrem hohen Beträgen die Anstrengungen des Gerichts noch verstärkte; vgl. dazu das Beispiel von Heusinger, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 80 (siehe auch oben 8.2. N. 22).

14. Die Förderung und Wahrung der Rechtseinheit als Ziel der Revision

Unter 9.2.3. ist die Rechtseinheit als Revisionszweck damit umschrieben worden, daß es Aufgabe des Bundesgerichtshofes sei, für eine einheitliche Rechtsprechung bei gleichgelagerten Rechtsproblemen Sorge zu tragen. Unter diesem Gesichtspunkt ist den Divergenzfällen des § 546 I 2 Nr. 2 auch im Kompetenzbereich des Bundesgerichtshofes generell grundsätzliche Bedeutung im herkömmlichen Sinne zuerkannt worden, während für alle übrigen Fälle auf das Beurteilsermessen der Gerichte zu verweisen war.

Es wurde also in einem begrenzten Bereich, den im Gesetz erwähnten Divergenzfällen, von der erwiesenen Gefahr für die Rechtseinheit auf das Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung geschlossen. Im Folgenden ist die Untersuchung zu erweitern und unter Umkehrung der Fragestellung zu erforschen, in welchem Maße die Auswahl der Verfahren nach ihrer (vermeintlich) grundsätzlichen Bedeutung der Rechtseinheit dienlich ist.

14.1. Eingrenzung des Begriffes

Die Spannweite des Begriffes der Rechtseinheit verlangt eine mehrfache Präzisierung. Auszuscheiden ist zunächst diejenige politische Funktion der Förderung der Rechtseinheit, wie sie insbesondere durch das Reichsgericht wahrgenommen werden mußte. Dessen Aufgabe, das Zusammenwachsen der sehr verschieden geprägten Rechtszustände der einzelnen Bundesstaaten zu überwachen und zu unterstützen, kann als erfüllt gelten[1]. In ihrem Endzustand hat die so verstandene Rechtseinheit allerdings mittelbar - über das Tätigkeitsfeld der Rechtsprechung hinaus - weiterhin Bedeutung als Klammer für eine einheitliche Gesetzgebung der einzelnen Legislativorgane in dem foederalistischen System der Bundesrepublik[2].

1) Vgl. Bruns, Rn. 273 c.
2) Dazu Jagusch, NJW 1953, 151; Ule, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 110.

Ausgehend von dem einzelnen Fall, der Gegenstand einer Divergenzrevision sein kann, weil er die abweichende Beurteilung einer Rechtsfrage von gewisser Bedeutung mit sich bringt, wird der Begriff der Rechtseinheit nur in Teilfunktionen erfaßt.

Die Rechtseinheit ist zunächst in den übergeordneten Rahmen zu stellen, den Pohle vorgezeichnet hat[3]. Danach ist es ihr eigentlicher Sinn, daß die gesamte Rechtsordnung als Einheit gesehen werden kann, die das Anlegen gleicher Maßstäbe bei verschiedenen Vorgängen erlaubt. Sie ist ein elementares Erfordernis jeder materiellen Gerechtigkeit; das Bemühen um ihre Verwirklichung findet ihre innere Berechtigung in dem Streben nach größtmöglicher Rechtssicherheit[4], zugleich ist sie Ausdruck des Gleichheitsanliegens auf dem Gebiet der Rechtsprechung[5].

Für die hier verlangte Beschränkung des Revisionszugangs ist die Rechtseinheit in diesem, ihrem eigentlichen Sinne allerdings zu weit gefaßt; für die Herausbildung eines Auswahlkriteriums ist eine wesentlich engere Sicht unumgänglich. Denn wollte man das Verlangen nach solcher Rechtseinheit ohne Abstufungen berücksichtigen, ließe sich schon theoretisch kein Ansatzpunkt für eine Auswahl ermitteln. Nicht nur jede Abweichung eines beliebigen Gerichts, sondern jede inhaltlich falsche Entscheidung verletzte die Rechtseinheit in dem eben bezeichneten Sinne und verlangte zu ihrem Erhalt nach einer Berichtigung[6].

Keine Rechtsfrage, mag sie einen noch so individuellen Bezug haben, wird nur ein einziges Mal gestellt; auch die Bewertung eines für sich genommen unbedeutenden Einzelfalls

---

3) Gutachten, S. 12.
4) Pohle, aaO; Schwinge, S. 48.
5) Ähnlich Duske, S. 64.
6) Die Sicht der Darstellung ist insofern idealisiert, als dabei jede Bewegung in der Entwicklung des Rechts außer Acht gelassen wird.

gehört einem systematischen Zusammenhang an, innerhalb dessen gleiche Beurteilungsmaßstäbe gelten müssen.

Bliebe man allein bei der Betrachtungsweise Pohles, wäre es unzutreffend, den Begriff der grundsätzlichen Bedeutung teilweise damit auszufüllen, daß diejenigen Fälle angesprochen seien, deren Entscheidung der Rechtseinheit dienten. Da ihr alle höchstrichterlichen Entscheidungen zugute kommen, kann die Frage, ob überhaupt ein Nutzen für die Rechtseinheit zu erwarten sei oder nur die Befriedigung der Individualinteressen, nicht zur Unterscheidung grundsätzlicher von nicht grundsätzlichen Rechtssachen führen. Eine, wenn auch fließende Trennungslinie kann nur dann gezogen werden, wenn die Auswirkungen analysiert werden, die sich aus der Aufrechterhaltung einer Entscheidung für die Rechtseinheit ergeben, d.h. in welchem Maße eine weitere Überprüfung der Rechtseinheit dienlich wäre.

Hieraus ergibt sich die erforderliche Verengung des Begriffes, soweit er mit der Frage der Revisionswürdigkeit in Beziehung zu setzen ist: übrig bleibt nur ein Gerippe von besonders bedeutsamen Rechtsfragen, die sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit häufiger wiederholen werden[7] und die für die Entscheidungsfindung von erhöhter Bedeutung sind[8].

14.2. Die Auswahl der für die Rechtseinheit bedeutsamen Streitigkeiten

14.2.1. Problemstellung

Der Rechtseinheit in ihrem umfassenden Sinne ist am meisten gedient, wenn eine möglichst große Zahl von Fällen der Kontrolle durch das Revisionsgericht ausgesetzt wird, d.h.

---

7) Pohle, Gutachten, S. 13.

8) Damit ist aber die Umschreibung der grundsätzlichen Bedeutung mit "Nutzen für die Rechtseinheit" zunächst nichtssagend, da sich die Grundsätzlichkeit erst aus dem Maß der Bedeutung für die Rechtseinheit ergibt, so daß die Grundlage der Bewertung wiederum eine Bewertungsfrage bildet.

die mangelnde Quantität des Entscheidungsfalls verhindert zunächst zu weiten Teilen die Rechtseinheit[9]. Die durch die begrenzte Kapazität unumgängliche Einschränkung soll deswegen durch eine besondere Qualität der Entscheidungsinhalte ausgeglichen werden. Ziel der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung ist es demgemäß, mit der einmaligen Erörterung einer Rechtsfrage eine Vielzahl weiterer Entscheidungen zu ersetzen[10], um so zu einer gewissen Entlastung zu kommen, ohne die Rechtseinheit zu sehr zu beeinträchtigen.

Dieses System kann aber nur zum Erfolg führen, wenn man eine gewisse Bindungswirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung einkalkuliert, da die Rechtseinheit ohne weiteres Eingreifen des Bundesgerichtshofes nur dann erhalten bleibt, wenn die nachgeordneten Gerichte der vorgezeichneten Konkretisierung und Auslegung einer Norm Folge leisten[11]. Ob aber der Sinn einer Rechtsvorschrift zutreffend erfaßt worden ist und die zu einem Einzelfall geäußerte Ansicht grundsatzbildend wirken kann, zeigt sich erst bei der Anwendung auf ähnliche Parallelfälle. Die Überzeugungskraft eines Urteils, die über den speziellen Rechtsstreit hinaus vereinheitlichend wirkt, leitet sich noch nicht aus dem Umstand her, daß das höchste Gericht Autor der Entscheidung ist, - der tatsächliche Einfluß läßt sich erst in einer Rückschau ermessen[12].

Ähnliche Probleme sind auch im Rahmen der Rechtsfortbildung zu berücksichtigen, ihre Erörterung soll daher gemeinsam erfolgen[13].

---

9) Möhring, NJW 1949, 2; Pohle, Gutachten, S. 41.
10) So nennt Bender, Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 15, die Grundsatzrevision ein optimales Mittel, mit wenig Aufwand in vielen Fällen Gerechtigkeit auf breiter Basis zu schaffen, da grundsätzliche Bedeutung heiße, daß die rechtsrelevanten Grundzüge relativ häufig vorkommen.
11) Möhring, JZ 1972, 269. Zu den verschiedenen Wegen, zu einer Vereinheitlichung des Rechts zu kommen, vgl. oben 9.2.3. S. 83 f.
12) Eine andere Frage ist es, inwieweit der Mangel an tatsächlicher Überzeugungskraft durch die Autorität eines höchstrichterlichen Leitsatzes kompensiert wird; dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 280 f.
13) Unten 16.

14.2.2. Vorläufiges Ergebnis

An dieser Stelle kann aber schon festgehalten werden, daß der Aufwand für eine zielgerichtete Auswahl nur dann gerechtfertigt ist, wenn von dem Gericht eine zutreffende Prognose erwartet werden kann, inwieweit gerade die Entscheidung des vorliegenden Einzelfalls regelbildend sein kann.

14.2.3. Sonderfall Divergenzrevision

Eine Sonderstellung nimmt die Revision von Divergenzfällen ein, die § 546 I 2 Nr. 2 aufführt. Ihre Zulassung oder Annahme ist weniger das Ergebnis einer zukunftsorientierten Betrachtung: im Mittelpunkt steht nicht die Wirkung der späteren Sachentscheidung, sondern - neben dem vermuteten Einfluß des abweichenden oberlandesgerichtlichen Urteils auf den entsprechenden Gerichtsbezirk - vor allem der Gesichtspunkt, daß in diesen Fällen die Rechtseinheit schon durch den Tatbestand der Abweichung erheblich gestört ist[14].

Auch bei allen anderen Divergenzen wird die Zugangseröffnung in erster Linie dadurch bestimmt, welche Bedeutung der Abweichung beizumessen ist, so daß sich die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache aus dem Vergleich mit voraufliegenden Entscheidungen ergibt.

---

14) Vgl. oben 9.2.3. S. 86.

15. Die Rechtsfortbildung als Ziel der Revision

15.1. Begriffsbestimmung

Mit dem Terminus Rechtsfortbildung wird ein Phänomen der Rechtsprechung bezeichnet, an dessen tatsächlicher Existenz nicht gezweifelt wird, dessen begriffliche Weite aber Ursprung zahlreicher Meinungsverschiedenheiten ist, auf die hier - wenn auch in unterschiedlichem Maße - eingegangen werden muß, um Bedeutung und Wirkungsweise innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu erfassen.

Rechtsfortbildung im eigentlichen Sinne ist die Weiterentwicklung des Rechts über den Plan des Gesetzes hinaus, d.h. die Aufstellung neuer Rechtssätze praeter oder contra legem[1]. Ihr Anlaß kann eine anders nicht auszufüllende ursprüngliche Lücke des Gesetzes sein oder aber ein später erkanntes und von dem Gesetzgeber nicht wahrgenommenes Rechtsprinzip[2].

Für die vorliegende Fragestellung hat diese enge Auffassung zwar insofern besondere Bedeutung, als die auftauchenden Probleme dort ihre prägnanteste Gestalt annehmen, - der zu berücksichtigende Bereich ist aber wesentlich weiter zu fassen; Unter richterlicher Rechtsfortbildung ist hier jedes veränderte Verständnis und jede veränderte Auslegung einer Norm zu verstehen[3]. Die Ergänzung des positiven Rechts

---

1) Vgl. Larenz, Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildung, S. 2. Der Vorgang sollte besser mit richterlicher Rechtsschöpfung bezeichnet werden, so auch Paulus, ZZP 71, 191. - Ohne sie einer Bewertung zu unterziehen, mögen als Beispiele genannt sein die Institute der positiven Forderungsverletzung und des Verschuldens bei Vertragsschluß, die Lehre von der Verwirkung von Rechten, die Grundsätze zur Einschränkung der Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, weiter die Einziehungsermächtigung, die Sicherungsübereignung, das Anwartschaftsrecht.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 364 f, 402; ebenso Bürgerl. Recht AT, § 4 III, S. 65; Esser, Grundsatz und Norm, S. 243.

3) G.Müller, Festschrift f. Herschel (1955), S. 165 f; Larenz, Methodenlehre, S. 351.

als Ergebnis richterlicher Tätigkeit ist somit erst die letzte Phase[4], die Rechtsfortbildung beginnt schon mit der Anwendung eines feststehenden Begriffs eines formulierten Rechtssatzes ohne seine (begriffliche) Veränderung auf Erscheinungen, die ursprünglich nicht oder nicht nachweislich in ihm vorgestellt waren[5].

Nach Adolf Arndt heißt Rechtsfortbildung schlicht, die Hinweise des Gesetzes mit Leben zu erfüllen[6]. Ähnlich umschreibt der Bundesgerichtshof seine Tätigkeit: Schließung von Gesetzeslücken und Auslegung der positiven Rechtsnormen von ihren Grundgedanken her im Sinne einer Anpassung an die Bedürfnisse einer sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Wirklichkeit[7]. Diese Definition ist von dem Regierungsentwurf übernommen worden[8] und lag der Reform des Revisionsrechts zugrunde[9].

15.2. Notwendigkeit der Rechtsfortbildung

Das Recht als Ordnungsfaktor menschlichen Zusammenlebens ist immer in Bewegung[10]. Ein Gesetz als einmal festgelegte

---

4) So Larenz, Bürgerl. Recht AT, § 4 III, S. 65.
5) Wurzel, Juristisches Denken, S. 43 f.
6) AnwBl 1963, 221.
7) BGH LM Nr. 38 zu § 546 ZPO.
8) Vgl. BT-Dr 7/444, S. 12.
9) Gelegentlich ist die eigenständige Bedeutung der Rechtsfortbildung bestritten worden, da sie nur ein Zwischenstadium neu zu verwirklichender Rechtseinheit darstelle; so Duske, S. 64; Pohle, Gutachten, S. 18. Zutreffend ist, daß die Weiterbildung des Rechts mit dem Bemühen um Vereinheitlichung der Rechtsanwendung eng verzahnt ist, jedoch wirkt sie in entgegengesetzter Richtung. Der jeweilige Stand der Rechtseinheit wird immer wieder durch Abweichungen und weiterführende Rechtsauffassungen beeinträchtigt, bis sich bei überzeugender Rechtsfortbildung die neuen Gesichtspunkte durchgesetzt haben und ihre gleichmäßige Anwendung wieder zur Vereinheitlichung führt. Man würde aber die Bedeutung der Rechtsfortbildung unterschätzen, wenn man sie allein unter dem Gesichtspunkt neu zu findender Rechtseinheit beurteilen würde.
10) Jagusch, NJW 1953, 163.

Entscheidungsgrundlage ist gezwungenermaßen statisch; es entfaltet sein unkorrigierbares Eigenleben und kann durch den Gesetzgeber nicht mehr interpretiert werden[11]. Aus sich heraus kann ein Gesetz daher nicht mehr leisten als den Rechtszustand wiederzugeben, der seinen Verfassern gegenwärtig war[12], denn kein Gesetzgeber mit noch so feinem Verstand kann mehr erfassen und umsetzen als sein Erfahrungshorizont erlaubt[13]. So ist ein Gesetz stets der Gefahr ausgesetzt, zu altern und zu veralten. Die Grundlagen einer bestehenden gesetzlichen Regelung können schon bald in Frage gestellt sein aufgrund des Wandels der wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Verhältnisse, die ihre Berücksichtigung fordern[14].

Kein Rechtszustand ist allein deswegen gesichert, weil er positiv-rechtlich fixiert worden ist[15]. Es ist daher Aufgabe des Gerichts, zu prüfen, inwieweit früher unbekannte Erscheinungen durch eine veränderte Projektion eines Rechtssatzes noch erfaßt werden können[16] und inwieweit neue Erfahrungen erst durch ständige jurisprudentielle Praxis ausgefüllt werden müssen[17].

---

11) A.Arndt, AnwBl 1963, 213.
12) Wie oft werden zur Auslegung einer Norm gerade die Motive des Gesetzgebers herangezogen, die dazu zwingen, die Vorschrift aus der Zeit der Entstehung zu begreifen.
13) Vgl. hierzu und zu dem folgenden die Bemerkungen von P.Kloeppel in seiner Stellungnahme zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (Gruchot 32, 611, 626 ff).
14) R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 8.
15) Esser, JZ 1962, 516. Ein plastisches Beispiel bietet die mehr und mehr schwindende Bedeutung des § 831 BGB, dessen Regelung sich mit der Überschaubarkeit kleiner Handwerksbetriebe und Handelsgeschäfte verbindet, während er den heute üblichen Größenverhältnissen nicht mehr gerecht werden kann. Die dadurch entstandene tatsächliche Regelungslücke ließ die Probleme einer Produzentenhaftung akut werden, nachdem für den Ausschluß des § 831 BGB schon der Nachweis einer ausreichenden Durchorganisierung des Betriebes genügt; vgl. BGHZ 4, 1.
16) Dazu Wurzel, S. 43 f.
17) Welche Schwierigkeiten sich hier insbesondere durch technischen Fortschritt ergeben, zeigt sich z.B. bei der Rechtsprechung zum Urheberrecht: vgl. RGZ 113, 414; 153, 1 (Rundfunk, Schallplatte); oder später BGHZ 11, 135; 17, 266; 37, 1; 38, 367 (Fernsehen, Tonband).

Johannsen[18] nennt es zu Recht die schwerste und bedeutendste Aufgabe des Bundesgerichtshofes, der Wahrung der Rechtssicherheit zu dienen und dennoch gleichzeitig bewährte Rechtsgrundsätze ohne Bruch an neue Verhältnisse anzupassen[19]. Um eine Weiterentwicklung rechtzeitig fördern zu können, muß das Gericht allerdings eine ständige Erkenntniskontrolle üben[20]. Gerade so alte Kodifikationen wie das Bürgerliche Gesetzbuch oder das Handelsgesetzbuch, die zum Teil sehr bewegte Rechtsgebiete regeln, können sich im Laufe der Zeit als unvollständig erweisen, weil der Wandel der in ihrer Entstehungszeit vorausgesetzten Lebensbedürfnisse zu einer nachträglichen Lückenbildung geführt hat, die sich allein mit einer veränderten Auslegung des gegebenen Normengefüges nicht mehr beheben läßt[21].
Aber nicht nur das Regelungsbedürfnis neuer Wirtschafts- und Sozialkonflikte können den Anlaß zu echter richterlicher Rechtsschöpfung bilden, sondern auch die Entwicklung und Präzisierung von Rechtsprinzipien, die erst im Laufe der Zeit zu Anerkennung gelangt sind[22] und daher keinen Eingang in die ursprüngliche Gesetzesfassung gefunden hatten.

In beiden Fällen mögen sich die Anfänge solcher Entwicklungen noch durch die Weite von normierten Generalklauseln auffangen lassen, im weiteren Verlauf erstarken sie doch zu eigenen Regeln, die aus dem Bereich des positiven Rechts heraustreten. So bildeten sich in dem Bestreben, die unbeschränkte Privatautonomie einzudämmen, die Grundsätze zu Rechts- und Machtmißbrauch; die Schutzfunktionen des Rechts im Miet-, Arbeits- und Unternehmensrecht wurden ungeachtet der Vorstellungen des Gesetzgebers des ausgehenden 19. Jahrhunderts ausgebaut; der sich stets erweiternde Vertrauensgrundsatz führte zu den Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben, über die faktische Gesellschaft und zur Anerkennung von Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

---

18) DRiZ 1962, 302.
19) Vgl. auch Paulus, ZZP 71, 216.
20) Dazu Jagusch, NJW 1953, 163.
21) Daneben verlangen die Gesetzeslücken nach Ausfüllung, die nicht aufgrund veränderter Verhältnisse entstanden sind, sondern deren Existenz dem verfassenden Gesetzgeber selbst entgangen sind.
22) Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 402.

15.3. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung

Das Erfordernis, dem aufkommenden Regelungsbedürfnis zu entsprechen und entstehende Rechtsauffassungen in gesicherte Rechtsprinzipien umzusetzen, führt zu dem Verlangen, ein bestehendes Gesetz zu ergänzen[23].

Bleibt das dem Richter überlassen, nähert er sich dem Bereich der Legislative. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, hier im einzelnen den Widerstreit von Gesetzesrecht und Richterrecht zu erörtern. Es sollen daher nur einige Leitlinien aufgezeigt werden, sofern sie für die revisionsgerichtliche Fallbehandlung von Bedeutung sind.
Tatsache ist, daß die Praxis die Vorstellung von einer vollständig durchkonstruierten, begrifflich lückenlos erfaßten Sozialwelt zerbrechen läßt und so einem Dogma von der Geschlossenheit der großen Gesetzessysteme die Grundlage entzieht[24]. Tatsache ist weiterhin, daß es dem Gesetzgeber unmöglich ist, mit der Rechtsentwicklung Schritt zu halten[25], weil seine Regelungstechnik eine prompte Reaktion nicht erlaubt.

Die Veränderung oder Neuschaffung eines Gesetzes soll das Ergebnis eines deutlich artikulierten Regelungsbedürfnisses sein[26]. Zwischen dem Erkennen einer wie auch immer gearteten Lücke und ihrer dogmatisch gefestigten Ausfüllung bleibt jedoch ein offener Raum, der, wollte man die Gerichte von einer rechtsschöpfenden Tätigkeit ausschließen, der Sorge der Ersten Gewalt unterfallen müßte. Ob sich aber eine Gesetzesordnung als unvollständig erweist, läßt sich nur durch ihre ständige Anwendung, durch die Beschäftigung mit dem Einzelfall erkennen. Die Vielfalt der Konstellationen bleibt dem Gesetzgeber verborgen[27], er ist für ein neues Tätigwerden auf gleichem rechtlichen Gebiet

23) Vgl. Paulus, ZZP 71, 190; A.Arndt, AnwBl 1963, 213/4.
24) Paulus, ZZP 71, 190 f.
25) R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 19.
26) Vgl. die Änderungen des Mietrechts, des Urheberrechts oder das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
27) Möhring, NJW 1962, 2.

auf die Anregungen angewiesen, die die Rechtsprechung durch langsames Vortasten über die Grenzen des positiven Rechts hinaus erarbeitet. Das schrittweise Abweichen von dem alten Rechtsstandpunkt, das mit der Abwandlung eines bekannten Rechtsgrundsatzes beginnt und dessen regelbildende Tendenz zunächst gar nicht sichtbar zu sein braucht, führt im Idealfall zu einem organischen Reifungsprozeß, der seine stete Überprüfung an konkreten Fällen erfährt[28]. Dem Gesetz hingegen ist das schrittweise Experimentieren versagt,es kann nur mit einer fertigen Regel dienen. Diese darf aber erst dann im Rahmen eines Gesetzes verfestigt werden, wenn der vorläufige Endpunkt einer Rechtsentwicklung abzusehen ist[29].

Das Revisionsgericht, dem in besonderem Maße die Aufsicht und Führung in diesem verantwortungsvollen Bereich richterlicher Tätigkeit übertragen ist, ist der verlängerte Arm des Gesetzgebers - seine Entscheidungen bilden die Nahtstelle zwischen Gesetzgebung und Rechtspflege. Dennoch ist das Richterrecht, auch wenn es faktisch Bestandteil des geltenden Rechts ist, sofern es anerkannt wird[30], nicht mit dem Gesetzesrecht in der Form gleich zu setzen, daß man generell sagen könnte, daß die richterliche Rechtsfortbildung dem Gewaltenteilungsprinzip zuwiderliefe. Es geht nicht um die Ersetzung legislatorischer Tätigkeit, sondern um ihre Ergänzung, die erst bei dauernder, gewollter Passivität des Gesetzgebers zum Ersatz wird[31]. Zudem bietet der Verfassungsgrundsatz keine strenge Trennungslinie, sondern schützt nur einen Kernbereich[32], der zumindest dann unverletzt bleibt,

---

28) Vgl. Holste, AnwBl 1958, 5 f; Baur, ZZP 71, 170; Paulus, ZZP 71, 221; R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 12, 30; Larenz, Methodenlehre, S. 423.
29) Eine andere Frage ist, inwieweit der Gesetzgeber darauf verzichten kann, gefestigte Rechtssätze mit Gesetzeskraft auszustatten, wie es z.B. das Arbeitskampfrecht erforderte.
30) Vgl. Larenz, Bürgerl.Recht AT, § 4 III, S. 65.
31) Vgl. Heusinger, ZZP 76, 338: es gehe nicht darum, daß der Richter Gesetzgeber spielen wolle, sondern daß er durch unausgefüllte Leerräume zur Rechtsfortbildung gezwungen werde.
32) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rn. 81.

wenn sich die Gerichte auf eine Fallrechtsprechung beschränken, mit genauer Unterscheidung der ratio decidendi von den obiter dicta[33]. Damit bleibt hier offen, ob die Gewaltentrennung noch gewahrt ist, wenn die Rechtsprechung über fallbezogene Äußerungen hinaus zum dogmatischen Generalisieren neigt, d.h. wenn nicht mehr der konkrete Streit, sondern das System selbst Mittelpunkt der Erörterung und Anlaß einer Entscheidung ist[34].

15.4. Entscheidungsanalysen

In welcher Weise das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof zu einzelnen Rechtsfragen Stellung genommen haben und inwieweit einzelne Entscheidungen zu einer Weiterbildung des Rechts beitragen konnten, soll an drei exemplarischen Reihen untersucht werden.

15.4.1. Beispiel 1

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zu der unzulässigen Berufung auf einen Formmangel, d.h. zur Einschränkung des § 125 BGB läßt eine sich langsam entwickelnde und festigende Weiterbildung des Rechts erkennen, die von Entscheidung zu Entscheidung fortgeschritten ist und sich nach einigem Schwanken auf eine mittlere Linie eingependelt hat[35].

Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches hatten sich im Anschluß an das gemeine Recht für die grundsätzliche Formfreiheit der Rechtsgeschäfte entschieden[36]. Wenn eine bestimmte Art der Dokumentation für ein Rechtsgeschäft vorgeschrieben wird, so ist die Form ein Attribut eines an sich von der Form selbständig zu denkenden Rechtsgeschäfts[37],

---

33) Dazu Paulus, ZZP 71, 221. Zur Verfassungsmäßigkeit der Rechtsfortbildung vgl. auch BVerfG JZ 1973, 665.
34) J.Schröder, MDR 1960, 809; A.Arndt, NJW 1962, 1661; AnwBl 1963, 221.
35) Ziel ist es allein, die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufzuzeigen, deswegen wird auf eine Darstellung des zum Teil sehr kritischen Schrifttum verzichtet.
36) Mot. I, 178 (Mugdan I, 450).
37) Auch wenn § 125 auf das "Rechtsgeschäft" abstellt, geht es in Wahrheit um die Formbedürftigkeit von Willenserklärungen, das Fehlen weiterer Momente wie z.B. eine Eintragung ins Grundbuch wird hingegen von § 125 nicht erfaßt; Flume, AT Bd. II, § 15 I, 4.

im Rahmen dessen die Formbedürftigkeit den verschiedensten Zwecken dienlich gemacht wird, wie z.B. der Abschluß- oder Inhaltsklarheit, der Beweissicherung, dem Schutz vor Übereilung oder der Erkennbarkeit für Dritte. Die Wahrung der Form ist nach § 125 Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, ihre Nichtbeachtung führt zur Nichtigkeit, sofern nicht das Gesetz Ausnahmen[38] oder Heilungsmöglichkeiten[39] vorsieht. Ob darüber hinaus Einschränkungen der strikten Regel des § 125 zugelassen werden müssen, richtet sich danach, ob es Fälle gibt, in denen es geboten ist, die mit der Form verfolgten Zwecke um anderer Zwecke willen zurückzustellen. Die Problematik ist je nach Art des Geschäfts unterschiedlich gelagert.

Keine Schwierigkeiten macht die Entscheidung bei Verfügungsgeschäften. Hier erlaubt der mit der Form vorrangig verfolgte Zweck, eindeutige Klarheit über die Zuordnung eines Rechts zu schaffen, keine Einschränkung, zumal immer Interessen Dritter betroffen sein können[40]. Gleiches gilt für die regelmäßig formbedürftigen Rechtsgeschäfte des Familien- und Erbrechts; auch hier überwiegt das öffentliche Interesse an der unbedingten Klarstellung der Rechtslage[41].

---

38) Z.B. § 17 II EheG.
39) Z.B. §§ 313, 2; 518 II; 766, 2 BGB.
40) Es bestände auch regelmäßig kein Bedürfnis, eine Auflassung trotz ihrer Formnichtigkeit für wirksam zu erklären, da sie jederzeit formgültig wiederholt werden kann, sofern ein Anspruch auf dieses Verfügungsgeschäft besteht.
41) Im Rahmen der Regelungen der gewillkürten Erbfolge hatte die ursprüngliche Fassung des Gesetzes allerdings zu erheblichen Zweifeln an der unbedingten Beachtung der hohen Anforderungen an die Form des eigenhändigen Testaments Anlaß gegeben. Im Schrifttum wurde schon bald nach wesentlichen und unwesentlichen Erfordernissen geschieden und die Rechtsprechung ließ, ohne in sich einig zu sein, in unterschiedlichem Maße Milderungen zu, die zu einer starken Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führten. Vgl. dazu F.v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, S. 19 ff; seine Schrift war mit wegbereitend für das Testamentsgesetz von 1938 (RGBl I 973) - seinem Inhalt nach 1953 in das BGB aufgenommen (BGBl I 33) -, daß zu einer Abschwächung der Formerfordernisse führte. Im übrigen hat das Formproblem im Erbrecht insofern eine besondere Gestalt als hinter den Regelungen des Testaments eine gesetzliche Auffangordnung steht.

Vielschichtiger ist hingegen die Frage der Formnichtigkeit und ihrer Ausnahmen bei den gegenseitigen Verträgen der Schuldrechts. Die Interessenabwägung ist auf die Vertragsparteien begrenzt, das Gewicht der Schutzfunktion der Form kann sich nach den Einzelumständen verschieden darstellen. Insbesondere muß ein schuldrechtlicher Vertrag nicht zwingend punktförmig auf Sein oder Nichtsein gestellt sein wie etwa eine abstrakte Verfügung.
Eindeutig ist die Rechtslage noch, wenn nichts außer einem formnichtigen Vertrag vorliegt; Veranlassung zur Abweichung von der strikten Anweisung des § 125 könnte jedoch gegeben sein, wenn zu dem formnichtigen Vertrag irgendwelche Umstände hinzutreten, seien es solche beim Vertragsschluß oder in der weiteren Folge nach Vertragsschluß.
Daß in der Wegstreichung des Vertragstatbestandes, von dem § 125 ausgeht, nicht immer die Lösung gefunden werden kann, ist für Dauerschuldverhältnisse längst anerkanntes Recht; insbesondere im Arbeits- und Gesellschaftsrecht ist es allgemeine Meinung, daß ein Vertragsverhältnis, daß in Vollzug gesetzt worden ist, nicht mehr rückwirkend als nie existent gedacht werden kann.
In der Rechtsprechung, die über die Wirksamkeit von Schuldverträgen oder einzelnen Abreden innerhalb jener zu entscheiden hatte, hat die Frage der Formbedürftigkeit von Kauf-, Miet-und Pachtverträgen besondere Aufmerksamkeit gefunden. Anhand dieser Entscheidungen soll die Entwicklung der veränderten Behandlung des § 125 näher verfolgt werden.

Das Reichsgericht sah sich zunächst nicht veranlaßt, in irgendeiner Weise von der Nichtigkeitsnorm des § 125 abzugehen. Es hat aber schon bald nach Inkrafttreten des BGB insoweit zu der Problematik Stellung genommen, daß den Formvorschriften gegenüber der Berufung auf Treu und Glauben der Vorrang einzuräumen sei, da andernfalls das Formerfor-

dernis bedeutungslos werde[42]. Das Gericht läßt aber, da es sich im Grundsatz für die ausnahmslose Formnichtigkeit entschieden hatte, in dem konkreten Fall offen, inwieweit die Nichtberücksichtigung der in Streit stehenden Vertragsabrede überhaupt gegen Treu und Glauben verstoßen könnte.

Seinen grundsätzlichen Standpunkt verließ das Reichsgericht in einem Falle[43], in dem ein Mietvertrag, der der Formvorschrift des § 566 unterlag, durch eine mündliche Abrede nachträglich abgeändert worden war. Das Berufungsgericht bejahte die Wirksamkeit der Ergänzung schon deshalb, weil § 566 nicht für Nebenabreden gelte und eine nur vertragsmäßig vereinbarte Formvorschrift jederzeit formlos aufgehoben werden könne. Das Reichsgericht ließ beide Fragen offen, stimmte aber dem Berufungsgericht im Ergebnis zu, da der Kläger, der sich auf die Formnichtigkeit berief, die Wahrung der Schriftform ausdrücklich für unnötig erklärt hatte. Das Gericht glaubte auf den Nachweis verzichten zu können, ob die Verhinderung der Formwahrung nur dem Zwecke dienen sollte, sich ggf. auf den Formfehler berufen zu können, da schon das alleinige Verschulden des Klägers und die spätere Geltendmachung des Formmangels die Einrede der Arglist begründe - mit der Rechtsfolge der §§ 826, 249 auf Herstellung des Rechtszustandes, der bei schriftlicher Vertragsänderung bestanden hätte[44]. Damit stellt sich die Rechtsprechung

---

42) RGZ 52, 1 vom 7.6.1902. Das Gericht hat im Rahmen eines sonst formgerecht abgeschlossenen Grundstückskaufvertrages das Recht auf Wandlung verneint, weil die Zusicherung einer - als fehlend gerügten - Eigenschaft nur mündlich abgegeben war und eine Heilung des Mangels nicht angenommen werden konnte. Der Anspruch auf Wandlung wäre demzufolge nur dann gegeben gewesen, wenn sich das Reichsgericht einer im Schrifttum schon vertretenen Ansicht angeschlossen hätte, daß der Grundsatz von Treu und Glauben eine Berücksichtigung der mündlichen Abrede erforderte.

43) RG WarnRspr. 1908 Nr. 38.

44) Diese Konstruktion setzt allerdings voraus, daß der Vertrag bei Kenntnis der Umstände formgerecht zustande gekommen wäre, da andernfalls nur das negative Interesse Gegenstand des Schadensersatzanspruchs wäre.

zum ersten Mal offen gegen den absoluten Charakter des § 125, der auch bei schuldrechtlichen Verträgen unabhängig von dem Verhalten der Vertragsparteien gelten sollte.[45]

Diese erste Ausnahmeregel bleibt in RGZ 96, 315 - in einem obiter dictum - unbestritten[46], ihre Voraussetzungen werden jedoch verneint, da eine nur fahrlässige Nichtbeachtung auch bei späterer Geltendmachung des Formmangels die Arglisteinrede nicht begründen könne, da es an zielgerichteter Einwirkung auf den Vertragsgegner fehle[47].

In RGZ 107, 357, machte der Revisionskläger als Verkäufer eines Grundstücks nach Übergabe, aber vor Auflassung an den Beklagten geltend, daß der Kaufvertrag nichtig sei, da bei der Angabe der Kaufpreissumme die im Voraus geleistete Anzahlung nicht mitberücksichtigt worden sei. Obwohl der Kläger die unrichtige Angabe veranlaßt hatte[48], sah sich

---

45) Das Problem, daß ein Partner eines formnichtigen Vertrages nicht gezwungen werden kann, zu seinem Wort zu stehen, ist zwar auch den Verfassern des BGB bewußt gewesen, aber von ihnen eindeutig entschieden worden: "Wenn für einzelne Rechtsgeschäfte dennoch eine besondere Form sich vorgeschrieben findet, so liegt darin zur Genüge, daß die Gründe für die Notwendigkeit der Beobachtung der Form schwerer wiegen als die Rücksicht auf die ethische Pflicht zum Worthalten" (Mot. I, 183 - Mugdan I, 453).

46) So auch, ohne entscheidungserheblich zu sein, in RGZ 72, 342 und 82, 299.

47) Wie schon in RGZ 73, 205, steht ein eine Gemeinde verpflichtender Vertrag in Streit, dem es an gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernissen-Anführung des Gemeindebeschlusses und Beidrückung des Gemeindesiegels - mangelt. Während in RGZ 73, 205, eine Einschränkung des § 125 BGB generell verneint wird, wird hier immerhin die grundsätzliche Zulässigkeit der Arglisteinrede zugestanden.

48) Er wollte der Beurkundung des Vertrages nur unter der Bedingung zustimmen, daß die Anzahlung unerwähnt bliebe. Obwohl ihm als Grundstückshändler die Beurkundungspflicht auch von Vorauszahlungen bekannt war, hatte er dem unkundigen Beklagten versichert, daß der Vertrag dadurch nicht gefährdet sei, da nach geleisteter Anzahlung der "richtige" Kaufpreis die Restsumme sei.

das Berufungsgericht nicht in der Lage, die Einrede der Arglist anzuerkennen. Dem trat das Reichsgericht entgegen, da nach dem erwiesenen Vortrag des Beklagten das Verhalten des Klägers in einer Weise gegen Treu und Glauben verstoßen habe, die eine Gleichstellung mit den Fällen erlaube, in denen bisher die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages versagt worden war. Ob das Verhalten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sittenwidrig war, ließ das Reichsgericht unerörtert[49]; die Begründung der gerügten Entscheidung, ein Verstoß gegen Treu und Glauben käme abgesehen von grundsätzlichen Bedenken schon deswegen nicht in Frage, weil kein Vertrag vorliege, veranlaßte das Reichsgericht, das Problem erstmalig in einen größeren Rahmen zu stellen. Es nahm allgemein zu den anerkannten Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß Stellung, auf deren Grundlage auch die §§ 133, 157, 242 BGB Anwendung finden. Das führte zu der Feststellung, daß jedes Verschulden im Sinne des § 276 BGB, das zum Nichtzustandekommen des Vertrages führe, die Berufung auf die Formnichtigkeit ausschließe, d.h. in äußerster Konsequenz entgegen RGZ 96, 315, auch bei Fahrlässigkeit. Es ist allerdings - soweit ersichtlich - keine Entscheidung bekannt, in der gerade diese Ausdehnung erheblich geworden wäre[50].

---

49) Das Berufungsgericht setzte dafür voraus, daß der Verhinderung der Formnichtigkeit von vornherein die Absicht zugrunde liegen müsse, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. RG WarnRspr 1908 Nr. 38 hatte diesen Nachweis gerade nicht verlangt.

50) In RG JW 1926, 1810, stand ebenfalls die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrages in Frage, der auf Anregung des Beklagten zur Steuerersparnis einen zu niedrigen Kaufpreis enthielt. Das Gericht wandte § 125 BGB dennoch uneingeschränkt an, da der Kläger die Formbedürftigkeit kannte, der Beklagte somit nicht schuldhaft einen Irrtum erregt habe.
RGZ 107, 121 ("Edelmannfall") hat einen Vertrag zum Gegenstand, der überhaupt nicht beurkundet war; das Gericht wiederholte auch hier die Grundsätze der Entscheidung RGZ 197, 357, ließ die Arglisteinrede jedoch ebenfalls an dem Fehlen eines Irrtums scheitern.

Mit RGZ 153, 59, wurde der bisher gesetzte Rahmen gesprengt, der durch einen verschuldeten Irrtum und das spätere Geltendmachen der Nichtigkeit gekennzeichnet war[51]. Die bisher schon anerkannte Fallkonstellation sei nur eine Möglichkeit, die zur Einschränkung des § 125 BGB Anlaß gebe. Gleiches müsse auch dann gelten, wenn derjenige, der sich auf die Nichtigkeit berufe, eine Haltung einnehme, die mit dem früher betätigten Verhalten "nach allgemeinem Volksempfinden" unvereinbar sei. Eine schuldhafte Irrtumsverursachung sei daher nicht erforderlich, es reiche schon, daß das Verhalten Anstand und Billigkeit widerspreche. Das sei gegeben, da der Beklagte erst die Vorteile des Pachtvertrages (insbesondere die Einführung in den Kundenstamm) genutzt habe, den Pachtvertrag aber danach in Frage gestellt habe.

Die dieser Entscheidung nachfolgende Judikatur setzte den einmal eröffneten Weg fort. Zu der Heranbildung einzelner Fallgruppen, an denen sich die Vorinstanzen hätten orientieren können, sah sich das Reichsgericht nicht gezwungen. Im Gegenteil - es faßte die Voraussetzungen immer weiter und unbestimmter: in RGZ 199, 65 (73 ff) wird schließlich ein Berufungsurteil aufgehoben, weil die "gesamten Umstände", denen ein treuwidriges Verhalten entnommen werden könne, nicht ge-

---

51) Die Entscheidungsbegründung kann allerdings kaum überzeugen. Der Kläger hatte auf fünf Jahre an den Beklagten eine Bäckerei verpachtet. Der Vertrag sah ein Wettbewerbsverbot für den Pächter nach Vertragsende vor, dem dieser zuwiderhandelte, nachdem der Kläger die Bäckerei wieder selbst übernommen hatte. Dem Anspruch auf Unterlassung hielt der Beklagte die Nichtigkeit des Vertrages entgegen, da dieser ein formnichtiges Vorkaufsrecht enthalte. Der Vertrag wurde aus diesem Grunde zunächst insgesamt als nichtig angesehen, obwohl durchaus die Annahme zulässig gewesen wäre, daß das Wettbewerbsverbot auch ohne das Vorkaufsrecht vereinbart worden wäre, so daß dieser Vertragsbestandteil wegen seiner inhaltlichen Ferne auch bei Nichtigkeit des anderen Teils hätte gültig bleiben können (139 BGB).

nügend gewürdigt worden seien[52),53)].

Die Entscheidungen zeigen, daß das Reichsgericht gerade in den Fällen, in denen es einer Einschränkung des § 125 BGB zustimmte, keinem wie auch immer gearteten Grundsatz gefolgt ist. Auch wenn sich in der Rückschau einzelne Leitentscheidungen erkennen lassen, die Erweiterungen und Änderungen der zuvor geäußerten Rechtsansichten enthalten, hat sich das Reichsgericht doch zu keiner Zeit auf eine einheitliche Regel festgelegt.[54)] Der Rahmen, innerhalb dessen Abweichungen von der Rechtsfolgenanordnung des § 125 BGB zugelassen werden können, war vielmehr für jede Fallkonstellation neu zu ermitteln; erst die genaue Berücksichtigung der Einzelumstände erlaubte die Frage, inwieweit die tragenden

---

52) Dazu hatte das Reichsgericht schon in einem obiter dictum in RGZ 157, 207 (209), aufbauend auf RGZ 153, 59, festgestellt, daß die Beziehungen der Parteien insgesamt daraufhin untersucht werden müßten, ob es mit Treu und Glauben zu vereinbaren wäre, die Vertragsansprüche an einem Formmangel scheitern zu lassen. Ähnlich später RGZ 170, 303.

53) In Frage stand die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Ankaufsrechts, das eine Gemeinde - als Klägerin - gegenüber einer Bauvereinigung geltend machen wollte, die - zunächst gemeinnützig - Beihilfen aus öffentlichen Mitteln durch Überlassung von Grundbesitz der Klägerin und erhebliche Baukostenzuschüsse - u.a. von der Klägerin - erhalten hatte. Diese und eine Reihe weiterer durch das Gericht aufgeführter Gesichtspunkte, denen das Berufungsgericht nach Rückverweisung im einzelnen nachzugehen habe, ließen nach Ansicht des Reichsgerichts durchaus den Schluß zu, daß die Berufung auf die Nichtigkeit des Ankaufsrechts dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspräche.

54) Ein Grundsatz im weitestens Sinne läßt sich allenfalls darin sehen, daß in einzeln zu ermittelnden Fällen Einschränkungen des § 125 BGB denkbar sind.

Gedanken einer vorangegangenen Entscheidung übernommen werden konnten.

Noch stärker tritt das Erfordernis der Einzelfallberücksichtigung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hervor. Dieser folgte zunächst der späten Reichsgerichtsrechtsprechung[55], verschärfte jedoch zunehmend die Anforderungen an das Eingreifen des § 242 BGB, indem er darauf abstellte, daß die Folgen der Nichtanerkennung zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen müßten[56]. Aber auch diese viel verwandte Formel ist nicht als Grundsatz zu verstehen, sondern allein als Aufforderung zur Abwägung der Einzelumstände[57].

In den ersten Jahren hatte der Bundesgerichtshof mehrfach über die Gültigkeit von formfehlerhaften Hofübergabe- oder Erbverträgen zu entscheiden[58]. Unter besonderer Berücksichtigung des Höferechts war zu klären, ob eine formnichtige Bestimmung der Hofnachfolge aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben rechtlich bindend sein könnte. Das ist bejaht worden, wenn der Hofeigentümer durch Art, Umfang und Dauer der Beschäftigung eines Abkömmlings auf dem Hof zu erkennen gegeben hatte, daß jener Hoferbe werden sollte, und wenn der Abkömmling auf diese Vereinbarung so weitgehend vertraut hatte, daß er - nach langjähriger Arbeit auf dem Hofe mit dem Ziel der Hofübernahme - nicht mehr in der Lage war, eine eigene Existenz aufzubauen oder aber, daß er eine andere Existenzgrundlage zuvor aufgegeben hatte[59]. Es ist

---

55) BGHZ 12, 286 (304); 16, 334 (336); 20, 173; 23, 249.
56) So schon OGHZ 1, 217; dann BGHZ 29,10; BGH DNotZ 1958, 21; fortgeführt durch BGH WM 1963, 408; NJW 1965, 812; 1969, 1167; 1972, 1189; 1973, 1456; DNotZ 1976, 94. Ein nur "hartes" Ergebnis will der BGH nicht genügen lassen; vgl. zu dieser Unterscheidung kritisch Larenz, Kennzeichen, S. 10.
57) Besonders deutlich in BGHZ 16, 355; 26, 51. Damit erklärt sich auch die große Zahl der Zurückverweisungen an die Berufungsgerichte zur weiteren Klärung der besonderen Konstellationen.
58) BGHZ 12, 286; 23, 249.
59) Vgl. in BGHZ 12, 304 die Parallelen zu den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft.

aber in diesem und in anderem Zusammenhang stets hervorgehoben worden, daß im Höferecht besondere Verhältnisse herrschen, die sich nicht auf andere Fälle übertragen lassen[60], und es hat sich weiter gezeigt, daß auch in dem gleichen Sachzusammenhang bei anderen Konstellationen andere Entscheidungen denkbar sind[61].

Eine gleichermaßen gesonderte Betrachtung verlangt die Rechtsprechung zur Aufrechterhaltung von Grundstücksveräußerungsverträgen zwischen einer Siedlungsgesellschaft und Kleinsiedlern[62]. Im Falle der durch eine Siedlungsgesellschaft verursachten, wenn auch den Siedlern bekannten Formnichtigkeit eines Kleinsiedlungsvertrages ist vor allem wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses und der bestehenden Fürsorgepflicht an dem Vertrag festgehalten worden - Merkmale, die den später auftauchenden Streitigkeiten über reine Grundstückskaufverträge zwischen Wohnungsbaugesellschaften und einzelnen Käufern fehlten[63]; die Käufer wurden regelmäßig auf die Ansprüche aus §§ 812 ff, 994 ff und aus culpa in contrahendo verwiesen, da die Einzelumstände nicht zu einem untragbaren Ergebnis führten[64].

Wie wenig sich die Rechtsprechung im Einzelfall an zum Teil häufig verwandte Regeln gebunden fühlt, zeigt die Entscheidung in BGHZ 48, 396, die weitgehende Ähnlichkeit mit dem "Edelmannfall" des Reichsgerichts aufweist. Damals hatte der adelige Anbieter eines Grundstücks den Käufer dadurch von dem Beharren auf der gesetzlichen Form abgebracht, daß er sein Wort als das eines Edelmannes einer notariellen Beurkundung gleichgesetzt hatte[65]. In dem BGH-Fall verwies

---

60) BGHZ 12, 304; BGH DNotZ 1958, 21; NJW 1965, 812.
61) Vgl. dazu BGH WM 1972, 1027; DNotZ 1976, 94.
62) BGHZ 16, 334; 20, 173.
63) Vgl. BGH NJW 1965, 812; 1969, 1167; 1972, 1189. Ähnlich BGH JR 74, 19.
64) Sofern nicht wie in BGH NJW 1972, 1189, die Nichtigkeit des Vertrages zu einer Existenzvernichtung führte, weil der Erwerb und der Einsatz aller Ersparnisse der Sicherung des Lebensabends dienen sollte und zudem auf eine einwandfreie rechtliche Organisation vertraut werden durfte.
65) RGZ 117, 121. Vgl. dazu N. 50.

das beklagte Unternehmen als Grundstücksverkäuferin auf das Gewicht ihres geschäftlichen Ansehens und ihre Gepflogenheit, jeder Verpflichtung - gleich in welcher Form eingegangen - nachzukommen, hin, so daß es für den Kläger nahezu unmöglich gewesen sei, gegenüber dem Geschäftsführer, der zudem sein früherer Prinzipal war, auf der Einhaltung der gesetzlichen Form zu bestehen. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg, weil der Senat die angeführten Umstände für ausreichend erachtete, von der Formnichtigkeit des Vertrages abzusehen. Die zitierte RG-Entscheidung war nicht so weit gegangen, und auch der Bundesgerichtshof hatte des öfteren festgestellt, daß bei Kenntnis des Formfehlers auch bei berechtigtem Vertrauen auf die Zusicherung der Erfüllung und trotz alleinigen Verschuldens des Verkäufers ein Aufrechterhalten des Vertrages nicht zugestanden werden könne[66].

Die Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen zeigt, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung sich nicht mit wenigen Grundsatzurteilen behelfen konnte, sondern daß die Einzelfallberücksichtigung immer wieder eine erneute Abwägung einzelner Merkmale erfordert, deren Gewichtung sich von Fall zu Fall erheblich verschieben kann[67].

In der Zusammenschau der Einzelurteile läßt sich aber eine gewisse Weiterbildung des Rechts nicht übersehen. Umstritten ist allerdings, in welchen Bereich der Rechtsfortbildung die Einschränkung des § 125 BGB einzuordnen ist. Es ist angeführt worden, die Norm sei durch § 242 BGB immanent begrenzt, so daß die Rechtsprechung zu § 125 BGB nichts anderes sei als das Ergebnis richtiger Gesetzesauslegung[68]. Nach Larenz handelt es sich um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke in Form der teleologischen Reduktion des § 125 BGB[69]. Gernhuber schließlich hält die Einschränkung des "eindeutigen" § 125 BGB für eine Rechtsfortbildung contra legem, der er sich im allgemeinen widersetzt, wenn er auch dennoch bei Arglist eine

---

66) BGH DNotZ 1958, 21; NJW 1965, 812; WM 1965, 1114; NJW 1969, 1167; DNotZ 1976, 94.
67) Eine andere besondere Konstellation liegt z.B. BGHZ 29, 6 zugrunde.
68) Soergel-Siebert-Knopp, § 242, Rn. 358.
69) Methodenlehre, S. 383.

offene Entscheidung contra legem unter gewissen Voraussetzungen billigt[70].

15.4.2. Beispiel 2

Eine gänzlich andere Art der Entwicklung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften genommen. § 50 I ZPO bestimmt, daß derjenige parteifähig ist, der rechtsfähig ist, d.h. alle natürlichen und juristischen Personen.
Durch die Regelung des § 50 II erfährt die Parteifähigkeit gegenüber der Rechtsfähigkeit für den nicht rechtsfähigen Verein eine Erweiterung. Dieser kann verklagt werden, in einem Rechtsstreit hat er damit die Stellung eines eingetragenen Vereins. Das bedeutet, daß sein Vorstand als gesetzlicher Vertreter alle Prozeßhandlungen, einschließlich Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich, vornehmen darf[71].

Innerhalb des Rechtsstreits kann er aber auch Widerklage erheben, d.h. angriffsweise vorgehen, ebenso kann er Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche nach §§ 302 IV, 600 II, 717 II,III, 1042 c II verfolgen[72], die Freigabe einer Sicherheit im Falle des § 109, die Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff und die Aufhebung des Arrests gemäß § 927 beantragen. Schließlich wird ihm die aktive Parteifähigkeit für bestimmte formell selbständige Verfahren zugesprochen, sofern sie Folge eines anhängigen oder anhängig gewesenen Rechtsstreits sind, so die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 578), die Vollstreckungsgegenklage (§ 767) oder die Klage auf Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 768)[73]. Für Verfahren, die diese Grenze der prozessualen Einheit überschreiten, kann der nicht eingetragene Verein jedoch nach dem Gesetz keine aktive Parteifähigkeit beanspruchen, da eine weitere Ausdehnung dem Wortlaut des § 50 II widerspräche.

---

70) Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 163 f, 169 ff.
71) Stein-Jonas-Pohle, § 50 IV 1 b.
72) Streitig ist, ob diese Ansprüche auch in selbständigen Prozessen verfolgt werden können; befürwortend Rosenberg-Schwab, § 43 II 2 b.
73) Im einzelnen Stein-Jonas-Pohle, § 50 IV 1 b; Rosenberg-Schwab, § 43 II 2.

Für mitgliederstarke Vereine, bei denen eine namentliche Nennung aller Kläger kaum realisierbar wäre, will man sich damit behelfen, den Vorstand als Treuhänder des Vereinsvermögens oder - bei nicht abtretbaren Ansprüchen - in gewillkürter Prozeßstandschaft klagen zu lassen[74]. Eine zweite Möglichkeit wird darin gesehen, daß die Gesamtheit der unter dem Vereinsnamen zusammengefaßten Mitglieder klagt, vertreten von den - durch die Vereinssatzung bevollmächtigten Vorstandsmitgliedern[75].

Für die Gewerkschaften ist die klare Regel des § 50 II in nur wenigen Entscheidungen grundlegend durchbrochen worden.
BGHZ 42, 210[76] lag der Fall zugrunde, daß eine Gewerkschaft gegen eine andere rivalisierende Gewerkschaft Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche geltend machen wollte, um Übergriffen in der Mitgliederwerbung entgegenzutreten.

Die Klage war zunächst von der Gewerkschaft selbst, vertreten durch die Vorstandsmitglieder, erhoben worden (Klägerin zu 1); sodann sind alle Mitglieder unter dem Namen der Gewerkschaft, wiederum vertreten durch den Vorstand, als Kläger aufgetreten (Kläger zu 2); schließlich haben die Mitglieder des Vorstandes im eigenen Namen zugunsten der Gewerkschaft geklagt (Kläger zu3).

Der Bundesgerichtshof hat im Ergebnis die Klage in ihrer ursprünglichen Form für zulässig erachtet, d.h. in diesem Falle die aktive Parteifähigkeit anerkannt; er konnte damit den praktischen und dogmatischen Schwierigkeiten der bisher praktizierten Behelfslösungen entgegentreten. Einer gewillkürten Prozeßstandschaft widersprach der Senat, weil zum einen das erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse der Kläger fehle und weil zum anderen zu bezweifeln sei, ob die in der Satzung festgelegten Befugnisse so weit reichten, daß der Vorstand in eigenem Namen Ansprüche der Orga-

---

74) Dazu v.Staudinger-Coing, § 54 8 c; Deneke in BGB-RGRK § 54 Anm. 13.
75) Habscheid, AcP 155, 415; LG Köln MDR 1962, 61. Vgl. zu den Bedenken gegen beide Möglichkeiten Stein-Jonas-Pohle § 50 IV 6.
76) Urteil des VI. Zivilsenats vom 6.10.1964.

nisation geltend machen dürfe[77]. Gegen die Klage der Mitglieder unter dem Vereinsnamen, die das Berufungsgericht für zulässig gehalten hatte, wandte das Gericht ein, daß die Zulassung einer solchen Klage einen bedenklichen Eingriff in das Verfahrensrecht darstelle , da Klarheit darüber bestehen müsse, wer Kläger sei und wer nicht. Davon hänge insbesondere ab, wer als Zeuge vernommen werden könne und gegen wen die Kostenforderung des siegreichen Beklagten bei Abweisung der Klage beigetrieben werden könne.

Leitend für die Überlegung, ob für diesen Fall einer Gewerkschaft entgegen § 50 II die aktive Parteifähigkeit zugebilligt werden sollte, war der Gedanke, daß den durch Art. 9 III GG geschützten Vereinigungen zumindest die Möglichkeit gegeben werden müsse, bei Zivilgerichten Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Beeinträchtigung ihrer Tätigkeit zu finden[78].

Die Entscheidung wurde von BGHZ 43, 245 (257)[79] ohne weiteres Eingehen übernommen: Eine Gewerkschaft hatte dort Unterlassungsklage gegen eine politische Partei erhoben, da jene die von ihr gewählte Abkürzung ihres Namens verwandt hatte[80].

Handelte es sich in beiden Fällen um nicht abtretbare Ansprüche, bei denen die Klage durch einen Treuhänder bedenklich erschien[81], so dehnte BGHZ 50, 325[82] die aktive Parteifähigkeit auch auf einen - abtretbaren - Bereicherungsanspruch aus: Der Leitsatz lautet in Weiterentwicklung von BGHZ 42, 210, daß Gewerkschaften im Zivilprozeß allgemein aktiv parteifähig seien[83].

---

77) A.A. Deneke in BGB-RGRK § 54 Anm. 13.
78) AaO 216. Zu den einzelnen Entscheidungsgründen siehe unten.
79) Urteil des IV. Zivilsenats vom 24.2.1965.
80) Gewerkschaft der Polizei (GdP) w. Gesamtdeutsche Partei (GDP oder GdP).
81) Vgl. BGHZ 42, 213.
82) Urteil des VII. Zivilsenats vom 11.7.1968.
83) Der für die Einleitung dieser Entwicklung verantwortliche Senat (VI.) begrenzte die zuerkannte Parteifähigkeit allerdings später auf die Gesamtverbände, während er sie den Unterorganisationen absprach; BGH ZZP 86, 212, ablehnend Fenn, ZZP 86, 177.

Die Hauptargumente des Bundesgerichtshofes für die Zubilligung der aktiven Parteifähigkeit sind: die Rechtsentwicklung, d.h. die mit heutigen Vorstellungen nicht mehr zu vereinbarenden Intentionen des Gesetzgebers der Jahrhundertwende[84]; die heutige Bedeutung der Gewerkschaften für das Sozialleben[85]; schließlich die Anerkennung dieser Bedeutung im Verfassungsrecht, im materiellen Recht und in anderen Verfahrensordnungen[86].

Bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches, aus deren Anlaß auch § 50 II ZPO formuliert worden ist, lag als politische Grundentscheidung die Absicht zugrunde, politische, sozialpolitische und religiöse Korporationen unter staatliche Kontrolle zu bringen. Deswegen war Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung in das Vereinsregister zu erlangen[87]. Den Gewerkschaften, deren wachsenden Einfluß der Staat mit besonderem Mißtrauen beobachtete, blieb zwangsläufig nur der Status des nicht rechtfähigen Vereins.

Die Konzeption, die Bildung von politisch bedeutungsvollen Vereinen mit allen Mitteln des Rechts zu erschweren, war aus ihrer Zeit heraus verständlich, heute steht sie jedoch im Gegensatz zu dem Wertsystem der materiellen Rechtsordnung[88]. Obwohl dem Gesellschaftsrecht unterstellt (§ 54 BGB), wurde der körperschaftliche Charakter des nicht rechtsfähigen Vereins bald anerkannt[89]. Die spätere Entspannung zwischen Staat und Korporationen wurde von dem Abbau obrigkeitsstaatlicher Vorstellung geleitet und verkehrte sich im Hinblick auf die Gewerkschaften geradezu ins Gegenteil: sie wurden mehr und mehr an öffentlichen Aufgaben beteiligt[90].

---

84) BGHZ 42, 212, 215 f; 50, 327 f.
85) BGHZ 50, 330 ff.
86) BGHZ 42, 216 f; 50, 329 ff. Näher dazu unten N. 92.
87) Dieser konnte durch die Verwaltungsbehörde widersprochen werden, (§ 61 II BGB); ebenso konnte die Rechtsfähigkeit wieder entzogen werden (§ 43 II BGB).
88) BGHZ 50, 334.
89) Z.B. eigenes Namensrecht, Bindung des Vereinsvermögens an die Korporation an sich, körperschaftsrechtliche Liquidation des Vermögens, haftungsrechtliche Zuordnung nach § 31 BGB; vgl. BGHZ 42, 216; 50, 329.
90) Vgl. BGHZ 50, 330, wo die wichtigsten Tätigkeiten unter dem Begriff der "sozialen Selbstverwaltung" aufgeführt sind.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes sind allerdings trotz verbreiteter Zustimmung insofern kritisiert worden, als die Gewerkschaften heute auch als rechtsfähige Vereine ihren Funktionen gerecht werden könnten, so daß eine Negierung des § 50 II nicht zwingend notwendig erscheine, da der Registrierung nichts mehr im Wege stehe[91]. Die Entscheidungsbegründungen lassen in der Tat eine Abwägung zwischen der Bindung des Richters an das Gesetz und der Rücksicht auf die traditionelle Rechtsform vermissen. Für die höchstrichterliche Lösung spricht jedoch, daß sie sich harmonisch in das Gefüge des gegenwärtigen Rechtszustandes einpaßt[92].

Aus dieser Sicht verneint der Bundesgerichtshof allerdings auch, das Recht contra legem fortgebildet zu haben, da die Entscheidung mit der Gesamtrechtsordnung in Einklang stehe[93]. Wenn man aus dieser Begriffsbestimmung folgern wollte, daß es ein Kennzeichen der Rechtsfortbildung contra legem sei, daß sie sich in Widerspruch zu der Gesamtrechtsordnung setze, so wäre diese Art von Rechtsfortbildung generell zu untersagen, da sich jede Rechtsfortbildung mit übergeordneten Prinzipien des geltenden Rechts begründen lassen muß.

Es handelt sich hier im Gegenteil um ein typisches Beispiel der Rechtsfortbildung contra legem[94], an dem sich die Möglichkeit des Veraltens eines Gesetzes und die Veränderung rechtlicher Grundanschauungen besonders deutlich darstellen.

---

91) So Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Aufl., S. 248; Rosenberg-Schwab, § 43 II 3; vgl. dazu auch Fenn, ZZP 86, 178.

92) Leitend waren der Schutz der Koalitionsfreiheit in Art. 9 III GG, die aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften in arbeitsgerichtlichen Verfahren (§ 10, 1 ArbGG), das Recht, an verwaltungs-, sozial- und finanzgerichtlichen Verfahren teilzunehmen (§ 61 Nr. 2 VwGO, § 70 Nr. 2 SGG, § 58 II FGO), sowie die zustimmende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für Verfahren vor ihm (BVerfGE 17, 319, 329). Schließlich wird auch die Rechtsstellung der politischen Parteien erwähnt (§ 3 PartG). Für die Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit in anderen Rechtsordnungen vgl. Bruns, Rn. 51 N.14.

93) BGHZ 50, 324 f.

94) So auch R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 33; Larenz, Methodenlehre, S. 409; Rosenberg-Schwab, § 43 II 3; unklar Fenn, ZZP 86, 180.

Bedeutsam, gerade im Hinblick auf eine zu befürchtende Grundsatzrechtsprechung, ist die Zurückhaltung des Bundesgerichtshofes vor nicht unmittelbar notwendigen Verallgemeinerungen. In BGHZ 41, 216 wird die aktive Parteifähigkeit auf Unterlassungs- und Schadensersatzklagen beschränkt, eine grundsätzliche Entscheidung über die Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine wird ausdrücklich abgelehnt. Ebenso beschränkt sich das Gericht in BGHZ 50, 335 in seinem Spruch auf die Gewerkschaften; ob nicht gleiche Erwägungen für andere nicht rechtsfähige Vereine mit großen Mitgliederzahlen anzustellen sind, bleibt erneut unentschieden[95]. Ob ein Revisionsgericht, das sich vorrangig einer umfassenden Grundsatzbildung zu widmen hat, zu dieser Art des Prozedierens in der Lage wäre, ist höchst zweifelhaft. Es ist eher zu vermuten, daß es gezwungen wäre, weit über den konkreten Fall hinausgreifende Überlegungen anzustellen, um einer solchen Aufgabe gerecht zu werden.

15.4.3. Beispiel 3

Die letzte für die Analyse herausgegriffene Entscheidungsreihe betrifft die bereicherungsrechtliche Frage, ob § 816 I, 1 BGB auch für den Fall eingreifen kann, daß Verfügungen von Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber nicht wirksam sind[96].

§ 816 BGB soll einen Ausgleich schaffen für solche Nachteile, welche dem Eigentümer aus dem Eingreifen gesetzlicher Vorschriften, die dem Verkehrsschutz dienen, entstehen[97]: Derjenige, der als Nichtberechtigter wirksam über einen Gegenstand verfügt, muß das Erlangte an den Berechtigten herausgeben. - Obwohl gerade kennzeichnend ist, daß der Berechtigte

---

95) Die eher restriktive Einstellung kommt schon in BGH ZZP 86, 212 zum Ausdruck.Es ist aber nicht zu übersehen, daß sich der erkennende Senat (VI.) mehr an seiner eigenen Rechtsprechung (E 42, 210) orientiert als an der weitergehenden Entscheidung des VII. Senats (E 50, 326).

96) Die weiteren Fälle des § 816 I, 2 und II sollen unberücksichtigt bleiben.

97) Oertmann, § 816, 1; Haymann, IherJb 77, 280.

gegen den Eigentumsverlust ohnmächtig ist, hat sich mittels der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Ansicht durchgesetzt, daß auch bei jeder im Sinne des § 185 BGB unwirksamen Verfügung § 816 I, 1 BGB Anwendung finden könne, sofern der Berechtigte die Verfügung genehmige, so daß diese gemäß §§ 184 I, 185 II, 1 BGB rückwirkend wirksam werde.

Diese Konstellation wird von dem Wortlaut des überaus sorgfältig redigierten Gesetzes nicht mehr gedeckt: Die Norm spricht allein von einer Verfügung, die wirksam ist, nicht: wird[98]. Haymann[99] hat anhand der Entwicklungsgeschichte der Vorschrift nachgewiesen, daß innerhalb des § 816 BGB unter einer Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, nur eine bereits wirksame Verfügung verstanden werden dürfe[100].

Die andere Lösung bedeutet, daß auch bei der Selbstverletzung zunächst noch bestehender und durch die Genehmigung aufgegebener Rechte ein Erlösherausgabeanspruch gewährt wird, wobei in einer Kette von Erwerbern und Weiterveräußerern außerdem noch jede beliebige Verfügung genehmigt und von jedem redlichen Veräußerer der gesamte Erlös her-

---

98) Haymann, IherJb 77, 276 f; Henle, Schuldrecht, § 129, S. 760; Siber, S. 435; erwähnt auch bei Oertmann, § 816, 1 a.
99) AaO., S. 278 ff.
100) Anders dagegen die Regelung im Erbrecht: § 2019 sieht - in den Entwürfen noch deutlicher als in der endgültigen Fassung - wegen der Besonderheiten der Erbberechtigung auch die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung vor. Vgl. aus den Protokollen insbes. 5, 712.

ausverlangt werden könnte[101].

Wiederkehrende Grundkonstellation in den zu analysierenden Entscheidungen ist der Fall, daß dem Berechtigten eine Sache gestohlen und diese dann weiterveräußert wird, ohne daß einer der folgenden Erwerber, bei gutem Glauben, Eigentümer werden kann (§ 935 BGB), wobei sich die Frage des Ersatzes insbesondere dann stellt, wenn die Sache selbst nicht mehr greifbar ist.

Das Reichsgericht hat sich zunächst mit einer analogen Anwendung des § 281 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch behelfen wollen[102].

Erstmalige Anwendung auf eine unwirksame Verfügung fand § 816 BGB in einem Sonderfall[103] aus der Zeit des Verfassungsumbruches und der Hochinflation. Der Entscheidung lag als

---

101) Andere Fragen: die des Ausgleichs zwischen mehreren Anspruchsgegnern, insbesondere wenn der eine aus § 816 I, 1 BGB, der andere aus deliktsrechtlichen Vorschriften haftet. Weiter, inwieweit die Genehmigung von der tatsächlichen Leistung des Anspruchsgegners abhängig gemacht werden kann. Überwiegend wird dazu vertreten, die Genehmigung könne Zug um Zug gegen die Erlösherausgabe erteilt werden (Enneccerus-Lehmann, § 225 I 3 c; Erman-H.P.Westermann, § 816, Rn. 9; Scheffler in RGRK, § 816, Anm. 7; Palandt-Thomas, § 816, 2 c; Soergel-Mühl, § 816, Rz. 5; dagegen insbesondere Wilckens, AcP 157, 400; kritisch dazu auch Deubner, MDR 1958, 197). Die Lösung ist konstruktiv kaum haltbar, vgl. Wilckens, aaO. Nach v.Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, 2, S. 239, und v.Staudinger-Seufert, § 816, 4 a, soll die Genehmigung durch Zahlung aufschiebend (v.Tuhr) bzw. durch Nichtbeitreibbarkeit auflösend bedingt sein, obwohl die Genehmigung als einseitiges Rechtsgeschäft bedingungsfeindlich ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat dazu, soweit ersichtlich, nicht Stellung genommen.

102) RGZ 105, 84 vom 26.6.1922; aufgegeben mit RGZ 115,31. Diese Konstruktion erscheint schon deshalb bedenklich, weil der Erlös bei Weiterverkauf nicht zu einem Ersatz iSd § 281 BGB wird, der dem Kettenveräußerer infolge des späteren Untergangs erwächst. Vgl. im einzelnen dazu die Entscheidungen des OLG Hamburg in LZ 1925, 609; 1926, 549, und die ausführliche Kritik bei Haymann, IherJb 77, 287 ff.

103) RGZ 106, 44 vom 12.3.1923.

Sachverhalt zugrunde, daß ein im Dezember 1918 von einem auf dem Demobilisierungsrückmarsch befindlichen Feldlazarett zurückgelassenes marschunfähiges Militärpferd im Januar 1919 von dem Futtermeister öffentlich versteigert wurde, ohne daß dieser die Erlaubnis der zuständigen Stelle (nach den Demobilmachungsvorschriften das Reichsverwertungsamt) eingeholt hatte. Der Beklagte ersteigerte das Pferd (offensichtlich zum Schlachtwert) für 165 M. Ein Jahr später veräußerte er das (wohl wieder volltaugliche) Pferd für 6.000 M weiter.

Das Reichsgericht verneinte den Eigentumserwerb aus der Versteigerung. Aber auch der spätere Käufer konnte nicht gutgläubig Eigentum erwerben, weil inzwischen eine Verordnung ergangen war, die gutgläubigen Erwerb von Militärgut aus der Hand eines Nichtberechtigten ausschloß[104]. Der Reichsfiskus verlangte 4.100 M heraus, d.h. den Erlös abzüglich der Futterkosten, diese vermindert um die Nutzungen. Das Reichsgericht, das die Klage als Genehmigung auffaßte (und damit als Verzicht auf die Vindikation von dem derzeitigen Besitzer), gab dem Herausgabeverlangen nach § 816 I, 1 BGB statt.

Der gutgläubige Eigentumserwerb durch den Käufer des Beklagten war aufgrund der erlassenen Verordnung verhindert worden, so daß die Anwendung des sonst einschlägigen § 816 BGB versagt war[105]. Das Urteil folgt der Tendenz jener Verordnung gegen die Verschleuderung des Reichsvermögens[106]. Die einzige Sorge des Senats bei dieser Sachlage bestand darin, mit seiner Verzichtskonstruktion dem Kläger eine Vindikation neben seinem Bereicherungsver-

---

104) VO vom 23.5.1919; vgl. dazu RGZ 105, 295.

105) Haymann, aaO S. 293, stellt die Frage, ob der Kläger nicht lediglich von der Wirksamkeit der Verfügung des Beklagten ausgegangen sei und in § 816 BGB die einzig mögliche Anspruchsgrundlage gesehen habe, so daß er einen Verzicht auf andere Ansprüche gar nicht zu erwägen hatte.

106) Wobei der Gesichtspunkt der Notversteigerung unter extremen Verfassungsbedingungen - der offenbar die Vorinstanzen zur Klageabweisung veranlaßt hatte - bereits vergessen war.

langen zu versagen[107], während er der grundlegenden Frage, ob § 816 überhaupt bei einer unwirksamen Verfügung durch deren Genehmigung anwendbar wird, nicht näher nachgegangen ist[108].

Die in RGZ 106, 44, verwandte Konstruktion hat das Reichsgericht in einem weiteren durch die Inflationswirtschaft gekennzeichneten Fall wieder aufgenommen, dessen Entscheidung zum Grundstein für die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wurde[109]:
Ein Angestellter der Klägerin hatte waggonweise jener gehörigen Metallschrott verschoben und u.a. 7 Wagenladungen an die gutgläubige Beklagte verkauft, die diese an auswärtige Kunden weiterveräußert hatte. Die Klägerin nahm die Beklagte auf Herausgabe des Erlöses in Anspruch[110]. Der Senat gab der Revision insoweit statt, als diese sich auf bereicherungsrechtliche Ansprüche stützte. Unter Hinweis auf RGZ 106, 44, wurde in der Klage auf Herausgabe des Erlöses eine Genehmigung der Verfügung des Beklagten gesehen[111]. Die inflatorische Entwicklung ließ die Frage

---

107) Die Auszehrung des Geldes hatte außer der generell zu vernachlässigenden Frage nach den Erwerbsaufwendungen auch solche wie nach dem Wertzuwachs in der Hand des Erwerbers oder dem Preisgewinn durch Verkaufsgeschick ferngerückt.

108) Es fand insoweit eine Stütze in einer, wie man heute weiß, voreiligen Ausweitung in der Literatur von der Autorität eines v.Tuhr (Allg.Teil, III, S. 239).

109) RGZ 115, 31 vom 28.10.1926.

110) Entgegen RGZ 105, 84, folgte das Reichsgericht dem Berufungsgericht (OLG Hamburg) insoweit, als es die Anwendung des § 281 auf dingliche Ansprüche gegen den redlichen Erwerber ablehnte.

111) Nach dem Reichsgericht soll der Verfügende iSv § 816 BGB trotz Genehmigung Nichtberechtigter bleiben - allein die Verfügung werde als von vornherein wirksam angesehen. Hierzu wird der Wortlaut des § 185 BGB herangezogen, der ebenfalls von dem Nichtberechtigten spreche, dessen Verfügung bei einer Einwilligung wirksam sei. Die Argumentation ist logisch nicht zweifelsfrei, da ein mit vorheriger Einwilligung Verfügender objektiv gerade Berechtigter wäre und demnach für einen Erlösherausgabeanspruch nach § 816 kein Raum wäre. Der Anspruch des ehemals Berechtigten hätte sich allein nach den besonderen Beziehungen der Parteien zu richten, d.h. nach dem Rechtsgrund der Zustimmung; so auch Henle, § 122, S. 733 f; Siber, S. 435; OLG Hamburg, LZ 1925, 610. Es bleibt unklar, warum bei einer rückwirkenden Genehmigung etwas anderes gelten sollte. Im einzelnen dazu Haymann, aaO, S. 281 ff.

(Forts. S. 188)

nach dem Verkaufsgewinn verdeckt.

Die Entscheidung wirkte unter einem weiteren Gesichtspunkt regelbildend: es hat sich in der späteren BGH-Rechtsprechung kein Widerspruch mehr dagegen erhoben, daß jeder beliebige Weiterveräußerer innerhalb einer Kette von Erwerbern herausgegriffen und mit einer Genehmigung überzogen werden könne, weil der jeweilige Vordermann nach §§ 440 II, 320 ff BGB[112] in Anspruch genommen werden könne[113].

Die Frage, ob der Berechtigte den ganzen Erlös für sich beanspruchen kann, gleichgültig, welche Verfügung er genehmigt, ist zwar in der Entscheidung bejahend beantwortet worden, doch wird man, wie bereits hervorgehoben, die besondere Situation der Hochinflation zu berücksichtigen haben.

Trotz der hinreichend bestimmten Auslegungsaussage ("ist" iSd § 816 darf noch als "wird" gelesen werden) konnte der Satz im Geltungsbereich des Deutschen Reichs wegen des

---

Trotz dieser naheliegenden Einwände ist die Anwendung des § 816 bei zunächst unwirksamen Verfügungen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr in Zweifel gezogen worden.

112) Von OLG Hamburg LZ 1925, 610 noch abgelehnt; Haymann, aaO S. 295 N. 1 weist mit Recht darauf hin, daß § 440 III a.E. weit eher paßt als Abs. II.

113) Betroffen war in dem konkreten Fall der erste redliche Erwerber, d.h. in der Kette der zweite nicht berechtigt Verfügende. Dabei ist anzunehmen, daß der strafrechtlich verurteilte Dieb vermögenslos war. - Es muß aber bezweifelt werden, ob die Deutung des Gerichts verallgemeinerungsfähig ist, dies um so mehr, als dieser Teil der Begründung in seiner weitgefaßten Form eher als obiter dictum erscheint, auch wenn der Kern der Aussage entscheidungserheblich ist. Unberücksichtigt ist zumindest geblieben, welche zusätzlichen Rechte dem Eigentümer erwachsen, wenn er die Verfügung genehmigen kann, die den höchsten Erlös erbracht hat, auch wenn der Gewinn nur einer geschickten Werbung, einem besonderen Zufall oder den Marktbedingungen einer anderen Wirtschaftsstufe zu verdanken war. Es ist auch der Umstand unberücksichtigt geblieben, daß der Dieb ein Angestellter der Klägerin war - eine Konstellation, die auch späteren Entscheidungen regelmäßig zugrundeliegt -, d.h. daß sich die Anspruchstellerin immerhin einen Organisationsfehler in ihrem Bereich vorwerfen lassen muß.

Widerspruchs namhafter Juristen (Haymann, Siber, Henle) nicht zu Gewohnheitsrecht erstarken. Trotzdem haben die Grundlagen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in der Judikatur des Bundesgerichtshofes keine wesentlichen Veränderungen mehr erfahren[114], so daß die Möglichkeit, durch die Genehmigung einer unwirksamen Verfügung die Rechtsfolgen des § 816 in vollem Umfang herbeizuführen, mittlerweile als anerkannter Satz einer gefestigten Rechtsprechung gilt.

In BGHZ 29, 157, äußert sich der Bundesgerichtshof[115] eingehend und - soweit ersichtlich - abschließend[116] zur Frage der Erlösherausgabe. Er orientiert sich bei uneingeschränkter Anwendung des § 816 an dem eindeutigen Wortlaut, nach dem zu dem Erlangten auch der erzielte Gewinn gehöre, da das Recht, die Sache gewinnbringend zu verwerten, den Befugnissen des Eigentümers entspringe. Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut sei nur aus schwerwiegenden Gründen zulässig. Eingeräumt wird allerdings, daß sich nicht immer ein zahlenmäßig genauer Ausgleich herbeiführen lasse, da die Höhe des Erlöses häufig von Umständen aus der Sphäre des Veräußerers abhänge. Dieses sei insbesondere zu bedenken, wenn die Voraussetzungen des § 816 erst durch freien Willensentschluß des Berechtigten, also durch eine Genehmigung, herbeigeführt werden. Dennoch will das Gericht für den Regelfall unterstellen, daß der Eigentümer einen gleich hohen Erlös erlangt haben könnte. Nur besondere Unbilligkeiten sollen im Einzelfall unter Anwendung von § 242 ausgeglichen werden; in dem vorgelegten Rechtsstreit sah sich der Senat aber dazu nicht veranlaßt. Damit ist zwar in einem obiter dictum die Besonderheit der hier interessierenden Fallkonstellation anerkannt worden, in den späteren Urteilen ist dieser Gedanke jedoch nie entscheidungserheblich geworden.

---

114) Vgl. BGHZ 29, 157; 32, 53; 52, 39; 56, 131; BGH NJW 1968, 1326.

115) Zum Sachverhalt: Angestellte der Klägerin entwendeten Gewebe aus deren Beständen, veräußerten sie an eine Färberei, die sie bearbeitete und an die Beklagte übersandte, die dann die Stoffe an einzelne Kunden weiterverkaufte.

116) Die nachfolgenden Entscheidungen haben die Rechtsauffassung nicht mehr in Frage gestellt; vgl. BGH NJW 1960, 860; 1968, 1326; BGHZ 52, 39; 56, 131.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes befaßten sich im Schwerpunkt mit Folgeproblemen; so mit der Frage, ob weitergehende Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können, wenn der herausverlangte Erlös den tatsächlichen Wert nicht decke[117], ob die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einen Verzicht auf die Genehmigung darstelle[118], in welcher Weise der Anspruch zwischen dem aus § 816 Verpflichteten und dem schadensersatzpflichtigen Dieb vorzunehmen sei[119], und schließlich, ob dem Kläger auch nach Verarbeitung durch den letzten Erwerber und dem daraus folgenden Eigentumsverlust nach § 950 BGB die Wahl zwischen dem Bereicherungsanspruch der §§ 951, 812 BGB und dem Erlösherausgabeanspruch des § 816 BGB freistehe, d.h. ob er immer noch die Verfügung genehmigen könne[120].

Ob § 816 BGB überhaupt Anwendung finden kann, ist dagegen nicht mehr in Frage gestellt worden. Die Umstände des jeweiligen Einzelfalls fanden in dieser Hinsicht keine Berücksichtigung mehr, weder aus welchen Gründen die Verfügung nicht wirksam war[121], noch ob der Verfügende seine Nichtberechtigung kannte oder nicht[122], noch ob die Sache noch existierte oder nicht.
Diese einheitliche Behandlung von Sachverhalten, deren Verschiedenheit doch auch unterschiedlichen gesetzlichen Distinktionen zugrundeliegt, ist von vornherein nicht unbedenklich und zeigt, daß der richterlichen Rechtsfortbildung, die sich nicht immer wieder an dem Einzelfall orientiert, erhebliche Gefahren anhaften können.

Wohin die Anwendung eines planen Grundsatzes führen kann, beweist die Entscheidung in BGHZ 56, 131. Einem Unternehmen war im Werte von 120.000 DM Leder gestohlen worden, von

---

117) BGHZ 32, 53.
118) BGH NJW 1968, 1326.
119) BGHZ 52, 29.
120) BGHZ 56, 131.
121) Obwohl gerade RGZ 106, 44 einen außergewöhnlichen Sonderfall zum Gegenstand hatte.
122) In BGHZ 32, 53 mußte der Beklagte sich z.B. die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners zurechnen lassen, während im Regelfalle der Verfügende von seiner Eigentümerstellung ausgehen durfte.

dem die Beklagte, ohne die Herkunft zu kennen, einen Teil erworben und an einzelne Kunden weiterveräußert hatte, wo das Material verarbeitet worden war. Klägerin war aber nicht das bestohlene Unternehmen, sondern die Versicherungsgesellschaft, die den Diebstahl in Höhe von 114.000 DM gedeckt hatte. Diese hatte Stufenklage erhoben auf Auskunft über den erzielten Erlös und auf den sich daraus ergebenden Betrag samt Zinsen, hilfsweise auf 33.115,34 DM, d.h. den tatsächlichen Wert des umgesetzten Diebesgutes.

Auf seiner ständigen Rechtsprechung aufbauend, wandte das Gericht wiederum § 816 I, 1 an[123], ohne der Frage Beachtung zu schenken, ob auch die Versicherung, auch wenn sie durch Abtretung der Ansprüche in die Stellung des Eigentümers eingetreten sein sollte, den Erlös des redlich Verfügenden herausverlangen konnte. Es wäre zu bedenken gewesen, daß bei Herausgabe des durch die Beklagte erzielten Gewinns der Klägerin ein höherer Betrag zufloß als - für diesen Teil - dem Schaden entsprach, den sie für das bestohlene Unternehmen zu decken hatte, ihr also damit Gelegenheit gegeben wurde, sich bei dem in Anspruch Genommenen für Teilbeträge schadlos zu halten, die anderen Schaden betrafen[124].

Das Reichsgericht sah in der Anwendung des § 816 BGB die einzige Möglichkeit, "zum Ziel" zu kommen, weil Ansprüche aus unberechtigter Geschäftsführung bei Redlichkeit des Verfügenden nicht eingreifen (§ 687 I BGB)[125]. Aber auch, wenn man den schon angeführten Einwand zurückstellt, daß die Konstruktion von dem Wortlaut der Norm nicht erfaßt wird, stellen sich Fragen, die die Rechtsprechung von vornherein außer Betracht gelassen hat.

Die erforderliche Genehmigung der unwirksamen Verfügung ist von ihr wie ein streng einseitiger Rechtsbehelf behandelt

---

123) Die Vorinstanzen hatten die Klage dagegen abgelehnt.
124) Zu den Bedenken gegen diese Entscheidung sogleich.
125) Das Reichsgericht glaubte, diesen Schutz des redlich Handelnden ohne weiteres umgehen zu können.

worden[126], mit der jeder Erwerber überzogen werden kann und mit Hilfe dessen unmittelbar ein Forderungsrecht entsteht. Diese Auffassung gestattet es dem Berechtigten, ohne weiteres an jeder beliebigen Stelle der Veräußerungskette anzusetzen und denjenigen mit der Verfügungsgenehmigung zu überraschen, bei dem der Erlösherausgabeanspruch am höchsten ist oder am sichersten durchzusetzen ist[127].

Die Rechtslage würde sich sehr viel schlichter darstellen, wenn das Gestaltungsrecht der Genehmigung als Regelungsvorbehalt[128] verstanden würde, der auf eine kausale Grundlage weist. Das würde bedeuten, daß der Berechtigte aus einer Genehmigung ohne Vereinbarung über deren Rechtsgrund keinen Nutzen ziehen würde[129].

Das kann allerdings für die Fälle dahingestellt bleiben, in denen die Sache noch vorhanden ist, da man den Berechtigten dann entgegen der Rechtsprechung[130] auf seinen dinglichen Herausgabeanspruch verweisen müssen wird. Wenn es aber, wie in den Entscheidungen der Regelfall, zu Kettenveräußerungen gekommen ist und die Sache im Verlaufe dessen untergegangen ist oder als untergegangen zu behandeln ist, stellt sich die Frage anders, weil der Herausgabeanspruch aus Eigentum abgeschnitten ist.

Der Eigentümer kann aber in beiden Fällen die Legalisierung der Veräußerung anbieten[131]. Der natürliche Vertragsgegner ist der erste Erwerber - der damit seinerseits den Rechtsmangel seiner späteren Veräußerung zu heilen in der Lage ist.

---

126) Wie etwa die Täuschungsanfechtung oder die fristlose Kündigung.

127) Ermöglicht durch die gesetzliche Bequemlichkeit, daß nicht nur derjenige als Adressat der Genehmigung erklärt ist, der durch sie das Eigentum erwirbt, sondern auch der Verfügende.

128) Vgl. dazu Boetticher, Festschrift f. Dölle (1963), I, S. 41 ff; Bruns, ZZP 78, 264; Meesmann, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, Diss. Marburg 1968, S. 83 ff. m.w.N.

129) Siber, Schuldrecht, S. 435 f.

130) In BGHZ 56, 134, heißt es allgemein, der Schutz des Eigentümers wäre unvollkommen, wenn dieser nicht zwischen § 985 und § 816 wählen könne.

131) Solche Verträge sind viel häufiger als gemeinhin angenommen, weil dem Firmenruf staatsanwaltschaftliche Nachforschungen nach dem Verbleib von Diebesgut äußerst schädlich sind.

Von einem Kauf unterscheidet sich ein solcher Vertrag nur durch die Vorwegnahme von Verkäuferleistungen: Übergabe und bedingt wirksame Übereignung sind erfolgt, es bleibt die Genehmigung der Veräußerung, und zwar, entgegen der Konstruktion der Rechtsprechung, die an den ersten Erwerber[132] (nicht also der späteren, die erst durch diesen vermittelt sind). Die Gegenleistung ist ein auszuhandelnder Preis, oft, aber nicht notwendig, von gleicher Höhe, wie er mit dem Dieb vereinbart war[133].
Es besteht kein Zweifel daran, daß für den hehlereiverdächtigen ersten Erwerber eine starke Motivation für einen solchen Vertragsschluß vorhanden sein muß: er vermeidet nicht nur staatsanwaltschaftliche Ermittlungen bei seinem Abkäufer, sondern er beseitigt den Rechtsmangel - und schließlich hätte er die Ware auch nicht behalten können, wenn er sie gar nicht weiterveräußert hätte. Auch mit einer Versicherung, der das Eigentum abgetreten wird, wäre ein solcher Vertrag denkbar. Innerhalb der zu treffenden Vereinbarung wäre auch die Frage der Ersatzleistung des Diebes an den Eigentümer zu klären, die als vom Verkäufer zu prästierende Leistung dem Erwerber gebührt.

Wie aber, wenn sich der Ersterwerber auf einen solchen Vertrag nicht einlassen will ? Im Grunde gelten hier alle Einwände, die das Hans.OLG Hamburg gegen die Lösung über § 281 BGB vorgebracht und mit denen es das Reichsgericht schließlich überzeugt hatte[134].
Wenn das Eigentum in der Hand eines Dritten noch greifbar oder von diesem verarbeitet und zu Eigentum erworben worden ist, ist kein Grund einzusehen, daß der Eigentümer sein Recht nicht in der Regelart verfolgen soll. Ob nicht bei Unauffindbarkeit der Ware der Eigentümer diesen durch den Diebstahl verursachten Schaden selbst tragen sollte, wäre ernsthaft zu fragen.

---

132) Die im eigenen Namen vorgenommene Verfügung durch den Dieb an den Ersterwerber ist genehmigungsfähig - der Kaufvertrag des Diebes mit dem Ersterwerber dagegen nicht.
133) Der Gewinn aus dem Weiterverkauf bleibt hier von Haus aus dem Erwerber, im Gegensatz zu dem echten Anspruch aus § 816 BGB.
134) Vgl. OLG Hamburg LZ 1925, 609; RGZ 115, 31.

Wäre der Gesetzgeber erneut mit der Regelung befaßt, so würde zivilpolitisch seine Entscheidung kaum anders ausfallen können als die des Gesetzgebers des BGB: scharfe Scheidung zwischen unredlichen und redlichen Erwerbern, und gegenüber diesen - im Interesse des redlichen Wirtschaftsverkehrs, für den jeder Prozeß, aber auch jede Unsicherheit ein Übel ist - Eigentumsschutz nur in den bekannten engen Grenzen.

Entscheidet nun das Gericht anders, so sollte es sich bewußt bleiben, daß es hier ergänzendes Recht setzt. Es sollte dann auch die hier immanenten Schranken anerkennen: daß es, wenn es einen Anspruch gibt, diesen nur als Ersatz eines vertraglichen Ausgleichs und nur gegen den Ersterwerber gibt[135], daß keinerlei Grund für die Zusprechung des Veräußerungsgewinns besteht[136], und daß es einer besonderen Überlegung bedarf, ob auch der schadendeckenden Versicherung ein solcher Anspruch gebührt[137].

Die erste reichsgerichtliche Entscheidung, die § 816 BGB anwandte[138], bot in keiner Weise Gelegenheit zu einem richtungweisenden Urteil, da die besondere Konstellation des Falls eine verallgemeinerungsfähige Aussage nicht zuließ; das ist von der späteren Rechtsprechung übersehen worden.

Die dargestellten Entscheidungen werfen ein besonderes Licht auf die Gefahren einer Grundsatzrechtsprechung[139]. Die

---

135) Nur das Geschäft des Diebes mit dem Ersterwerber war "sein" Geschäft (§ 687 BGB) - ein Wahlrecht innerhalb der Kette erscheint dogmatisch und zivilpolitisch höchst bedenklich. Auch der Normalfall des § 816 BGB bezieht sich auf die erste Verfügung, die kraft Rechtsscheins wirksam geworden ist.

136) Während der Rechtsscheinsveräußerer diesen herausgeben muß, weil er nicht veräußern durfte.

137) Der Anspruch geht nach dem oben Ausgeführten allenfalls auf Abschluß eines Vertrages (ähnlich der Figur des Vorvertrages). Der unmittelbare Zug-um-Zug-Anspruch auf Zahlung eines vom Gericht zu bemessenden Betrages (§ 315 BGB) gegen Erteilung der Genehmigung zu der geschehenen Veräußerung (die eine Übertragung des Wertes - und aller seiner Surrogate - der Ware enthält) ist unvollkommener Ersatz, dessen Abtretungsfähigkeit nicht fraglos ist.

138) RGZ 106, 44.

139) Die noch im einzelnen in Abschnitt 17. dargestellt werden.

Rückschau auf die ersten reichsgerichtlichen Entscheidungen läßt erkennen, daß diese als Grundsatzurteile verstanden worden sind, obwohl sie noch keinen vollständigen Problemaufriß liefern konnten. Äußere Ähnlichkeiten mit späteren Fallgestaltungen veranlaßten zur Übernahme der durchaus nicht zweifelsfreien Ergebnisse bei Vernachlässigung der Einzelumstände[140].

Die Möglichkeit, auf einen formulierten Grundsatz zurückzugreifen, kann die Gerichte nicht davon entbinden, eine durch einen bestimmten Einzelfall veranlaßte Weiterbildung des Rechts stets von neuem zu überprüfen. Dazu wäre eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich auf die Herausbildung von Grundsätzen beschränkt, nicht in der Lage[141].

---

140) Das erscheint insbesondere auch deswegen bedenklich, weil nach einer mündlichen Überlieferung vorzugsweise diejenigen reichsgerichtlichen Entscheidungen zur Veröffentlichung kamen, bei denen die Abstimmung kontrovers war; solche Problementscheidungen wurden damit zur öffentlichen Diskussion gestellt.

141) In welch unterschiedlichen Formen sich die Rechtsfortbildung anhand von Einzelentscheidungen vollziehen kann, haben die Beispiele 1 und 2 gezeigt.

16. Die Auswahl der revisionswürdigen Streitigkeiten

Wenn sich das Revisionsverfahren neben der Lösung eines konkreten Streitfalls zugleich in besonderem Maße auf die Vereinheitlichung und Fortbildung des Rechts konzentrieren soll und wenn die Zuführung bestimmter Verfahren nicht von vornherein dem Zufall überlassen bleibt[1], dann gewinnt die Auswahl der revisionswürdigen Streitigkeiten erheblichen Einfluß auf die Aufgabenerfüllung des Bundesgerichtshofes[2].

16.1. Die grundsätzliche Bedeutung als Auswahlkriterium im konkreten Einzelfall

Die gesetzliche Regelung will durch die in dem Berufungsurteil ausgesprochene Zulassung bzw. durch die Annahmeprüfung eine sachbezogene Bevorzugung solcher Streitigkeiten gewährleisten, deren höchstrichterliche Entscheidung von allgemeinem Nutzen im obengenannten Sinne ist. Ihr liegt die in ihrer theoretischen Konzeption durchaus überzeugende Hypothese zugrunde, daß die begrenzte Kapazität des Bundesgerichtshofes effektiver genutzt werden kann, wenn schon die Beschränkung des Revisionszugangs unter zweckorientierten Gesichtspunkten erfolgt.

Es ist festgestellt worden, daß sich mit der fast ausschließlichen Gewichtung auf das Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache erhebliche Schwierigkeiten und Nachteile allgemeiner Art verbinden, die sich insbesondere aus der mangelnden Bestimmbarkeit des Begriffs herleiten[3]. Den Untersuchungen lag aber bisher immerhin die Vorstellung zugrunde, daß es dem erkennenden Richter

---

1) Im Hinblick auf Rechtseinheit und Rechtsfortbildung hat auch die Streitwertrevision lediglich Zufallscharakter.
2) Vgl. für die Rechtseinheit schon oben 14.2.; ebenso wird die Rechtsfortbildung durch die Sachauswahl vorbereitet, Jagusch, NJW 1953, 163.
3) Vgl. insbesondere 9.1. und 12.

möglich sei, anhand des konkreten Falles zu beurteilen, ob grundsätzliche Bedeutung vorliegt oder nicht[4]. Doch auch diese, für den Gesetzgeber leitende, Annahme kann nicht uneingeschränkt Bestand haben, da sich Zweifel erheben, ob die Bestimmung der Grundsätzlichkeit, d.h. hauptsächlich des Nutzens für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung, generell vor der eigentlichen Sachentscheidung erfolgen kann[5]. Vor allem bei Berücksichtigung des üblichen Weges der Rechtsfortbildung, der langsamen Weiterentwicklung bestimmter Grundsätze, zeigt sich, daß die Bedeutung einer richtungweisenden Entscheidung auch erst sehr viel später erkennbar werden kann. Es ist kaum auszuschließen, daß der Bundesgerichtshof nicht anhand eines konkreten, durch keine augenfällige Besonderheit gekennzeichneten Einzelfalls zu neuen Erkenntnissen kommt und von seiner bisherigen Rechtsprechung abgeht[6].

Gleiches gilt - wie schon oben angedeutet - für die Vereinheitlichung des Rechts. Die Bestimmung der grundsätzlichen Bedeutung muß sich daher in vielen Fällen als höchst unsichere Prognoseentscheidung ausnehmen und nähert sich insofern wieder dem Bereich des Zufalls, den man gerade ausschließen wollte.

16.2. Zeitpunkte des Erkennens der grundsätzlichen Bedeutung

Unter dem Gesichtspunkt, wann die Grundsätzlichkeit feststellbar ist, lassen sich demnach drei Stadien unterscheiden.

---

4) Siehe 12. N.5.
5) Die folgenden Überlegungen gelten zwar sowohl für die Zulassung wie für die Annahme, konzentrieren sich jedoch auf die Situation des Richters am Bundesgerichtshof, da die Reform gerade dort zu Änderungen führte.
6) Vgl. dazu die oben dargestellten Beispiele 1 und 2 (15.4.1./2.).

16.2.1. Unmittelbare Erkennbarkeit

Dem ersten Bereich sind die Fälle zuzuordnen, deren übergeordnete Bedeutung offen zutage liegt oder aber nach kurzer Beschäftigung mit den anstehenden Problemen sichtbar wird. Zu ihnen können zunächst die meisten Divergenzfälle gezählt werden[7]. Des weiteren wird man regelmäßig von grundsätzlicher Bedeutung ausgehen können, wenn die in Streit stehende Rechtsfrage bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden worden ist[8]. Das setzt allerdings immerhin voraus, daß die rechtliche Problematik durch den Vorderrichter zutreffend erkannt worden ist, da die Vorprüfung in der Regel nicht ausreichend Gelegenheit dazu bietet, zu untersuchen, ob die Beantwortung der Frage überhaupt relevant ist[9]. In beiden Tätigkeitsgebieten liegt der Schwerpunkt auf der Vereinheitlichung der Rechtsprechung, wenn sich auch rechtsfortbildende Tendenzen davon kaum völlig trennen lassen.

Aber auch das Bedürfnis nach richterlicher Rechtsfortbildung und die konkrete Aussicht darauf kann schon von vornherein erkennbar sein, vor allem in den Verfahren, in denen offenkundig geworden ist, daß die gesellschaftlichen oder technischen Entwicklungen eine Neuorientierung erfordern; das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn im Grunde das Eingreifen des Gesetzgebers vermißt wird[10]. Auch hier kann die grundsätzliche Bedeutung auf der Hand liegen.

---

7) Vgl. oben 14.2.3.
8) Hier sind auch die sogenannten Musterprozesse einzuordnen, sofern man dem zu vermutenden Modellcharakter grundsätzliche Bedeutung beimessen will; so Kregel, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II E 23; H.Arndt, ebenda E 88; Kullmann, DRiZ 1973, 186, der auf diesem Wege zukünftigen Divergenzen begegnen will. Gegen die grundsätzliche Bedeutung eines Musterfalls Weyreuther, Rn. 87, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.
9) Wenn im Falle der Zulassungsrevision der Bundesgerichtshof die von dem Berufungsgericht für grundsätzlich erachtete Frage gar nicht behandelt, hat das Auslese-prinzip versagt; Bruns, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 102/103.
10) Vgl. dazu die Rechtsprechung zum Urheberrecht oben 15.2. N. 17.

16.2.2. Erkennbarkeit während des Revisionsverfahrens

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen sich die grundsätzliche Bedeutung erst im Laufe des Verfahrens abzeichnet, sei es, weil der Bundesgerichtshof auf bisher unerkannte Probleme stößt. oder sei es, weil erst die Revisionsinstanz genügend Gelegenheit bietet, eine bestimmte Frage zu vertiefen, oder aber auch, weil erst die Berücksichtigung der Einzelumstände zur Entdeckung einer Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes führt[11]. Sind die jeweiligen Rechtssachen nicht schon aus einem anderen Grunde von grundsätzlicher Bedeutung, müßten sie dem Revisionsgericht vorenthalten bleiben[12]: Dem könnte, wenn auch nur für einen gewissen Teil, dadurch entgegengewirkt werden, daß die Vorprüfung über das zu erwartende Maß hinaus ausgedehnt wird. Sie geriete aber dann schon in die Nähe einer substantiierten Sachprüfung und würde damit allen Entlastungsbemühungen widersprechen[13].

16.2.3. Erkennbarkeit erst nach Abschluß des Verfahrens

Gänzlich unerreichbar für eine Eingangsklassifizierung liegen schließlich die Rechtssachen, deren Entscheidungen erst in der Rückschau grundsätzliche Bedeutung zukommt[14]. Nun wäre es sicher unzutreffend, wenn man die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache allein vom tatsächlich Erreichten abhängig machen wollte, - eine Streitigkeit bleibt auch dann grundsätzlich, wenn die Möglichkeit nachhaltiger Rechtsvereinheitlichung oder beginnender Rechtsfortbildung gesehen wurde, sich aber die Rechtsansicht des erkennenden Senats nicht durchsetzen konnte.

---

11) Bruns, Rn. 274 b.
12) Ähnliche Bedenken bei Jagusch, NJW 1953, 162; Holste, AnwBl 1958, 3; Johannsen, DRiZ 1962, 302; Möhring, NJW 1962, 4; JZ 1972, 268.
13) Vgl. oben 12.1.2.
14) Allerdings erfährt der Begriff hier einen gewissen inhaltlichen Wandel. Im Nachhinein sind nicht mehr all jene Fälle von besonderer Bedeutung, bei denen sich - bei richtiger Prognose - die Möglichkeit zur Rechtsfortbildung geboten hätte, sondern es verlangen nur noch die Verfahren besondere Beachtung, die tatsächlich eine rechtsfortbildende Entwicklung eingeleitet oder gefördert haben wie etwa RGZ WarnRspr 1908 Nr. 38 für die Rechtsprechung zu § 125 BGB (vgl. 15.4.1.) oder BGHZ 42, 210 zu § 50 II ZPO (vgl. 15.4.2.).

Es geht also nicht darum, daß ungerechtfertigterweise zu vielen Fällen grundsätzliche Bedeutung zugesprochen werden könnte, sondern im Gegenteil darum, daß das Gericht - auf jeweils gegenwärtige Maßgabe und Erfahrung beschränkt[15] - bei einem großen Teil der Streitigkeiten die tatsächliche Bedeutung ihrer Entscheidung und deren Wirkung in der Zukunft nicht ermessen kann[16]. Ob ein Urteil eine regelbildende Tendenz enthält, kann sich oft erst an einer Vielzahl weiterer Entscheidungen erweisen[17], denn ein neu entwickelter Grundsatz wird meist erst am Ende einer Judikatenreihe stehen - als Ergebnis einer langsamen Entwicklung[18].

Ebenso anzweifelbar ist aber auch die Feststellung, ob eine gewisse Phase der Rechtsfortbildung zum Abschluß gekommen ist oder ob die gewonnenen Grundsätze noch weiterer Bestätigung bedürfen, da auch in einem solchen Fall erst eine spätere Betrachtung Sicherheit darüber erbringen kann, ob sich der Wandel einer Rechtsansicht schon soweit gefestigt hat, daß sich eine weitere Behandlung des Problems erübrigt[19].

16.3. Unzulänglichkeit des Auswahlkriteriums

Die Unterteilung zeigt, daß ein großer Teil grundsätzlicher Fälle in dem Stadium der Vorprüfung nicht erfaßt werden kann. Dem Ziel, durch eine sachbezogene Auswahl die Tätigkeit des Bundesgerichtshofes im Hinblick auf Rechtsvereinheitlichung und -fortbildung günstig zu beeinflussen, sind enge Grenzen gesetzt, weil sich eine entsprechende Prognose, insbesondere auf dem Gebiet der Rechtsfortbildung,

---

15) Paulus, ZZP 71, 220.
16) DAV, AnwBl 1954, 220; R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 30.
17) Paulus, ZZP 71, 221.
18) Esser, Grundsatz und Norm, S. 244; Holste, AnwBl 1958, 5; Baur, ZZP 71, 170; Pohle, Gutachten, S. 46; Esser, JZ 1962, 515; Jagusch, NJW 1963, 2; A.Arndt, AnwBl 1963, 221.
19) Zu welchem Zeitpunkt hätte z.B. in Beispiel 1 (15.4.1.) auf weitere Entscheidungen verzichtet werden können? Gewiß nicht nach den ersten reichsgerichtlichen Urteilen, da sie erst den Anfang einer Entwicklung einleiteten. Ebenso verfehlt wäre es gewesen, auf dem Stand der jüngsten Reichsgerichtsrechtsprechung zu verharren - sie wurde durch den Bundesgerichtshof wieder eingeengt.

als nur selten möglich erweisen wird. Der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung ist damit nicht nur kaum durch abstrakte Kriterien zu erfassen, sondern auch häufig erst - gemessen an einem konkreten Fall - in der Rückschau inhaltlich ausfüllbar.

Rechtsfortbildung und in gewissem Maße auch Rechtsvereinheitlichung weisen in die Zukunft, während sich eine gesetzliche Auswahldirektive nur an der gegenwärtigen Rechtsprechung orientieren kann - ein Gegensatz, der sich durch keine noch so große richterliche Freiheit auflösen läßt.

Das Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung kann den Zielen der Revision damit nicht in angemessenem Umfange gerecht werden, da vor allem die Rechtsfortbildung in vielen Fällen eher verhindert als gefördert würde. Garant für eine elastische Weiterbildung und Anpassung des Rechts an die sich verändernden Lebensumstände kann nur die Bewahrung eines kontrollfreien Eingangsbereiches sein, da nur auf diesem Wege die Möglichkeit erhalten bleibt, neuen, zunächst unerkannten Entwicklungen Raum zu geben.

Der Ruf nach einer umfassenden Entlastung muß hier zurücktreten, da der Eingriff in das Revisionsrecht spätestens dort seine Grenzen finden muß, wo die Erreichung der Revisionszwecke über ein tragbares Maß hinaus gefährdet wird[20].

---

20) Bisweilen ist gegen die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung auch vorgebracht worden, daß dem Bundesgerichtshof zuviel Anschauungsmaterial entzogen werde, so daß seine "Austrocknung" in Gefahr stehe; vgl. Möhring, NJW 1949, 2; Grussendorf, NJW 1960, 11; Johannsen, DRiZ 1962, 306; Schlüter, AnwBl 1963, 220. In dieser Allgemeinheit kann dem nicht zugestimmt werden, da die vorgetragenen Lebenssachverhalte in ihrer Vielfalt erhalten bleiben, solange konkrete Fälle zur Entscheidung anstehen. Insofern lassen sich keine Unterschiede darin sehen, ob der Streitwert oder die grundsätzliche Bedeutung zur Revision führen. Ebenso Esser, JZ 1962, 514; Prütting, S. 75; auch Kommissionsbericht 1961, S. 154, und BT-Dr 7/444, S. 17.
Erhebliches Gewicht erhalten die Bedenken jedoch dann, wenn die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu einer Grundsatzrechtsprechung führt, die eine frühzeitige Festlegung in bestimmten Ansichten nach sich zieht und infolgedessen für weitere Revisionen wegen grundsätzlicher Bedeutung keinen Raum läßt. Dazu sogleich unter 17.3.6.

17. Gefahren einer Grundsatzrechtsprechung

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß die Reform des Revisionsrechts nicht nur die Gesamtheit der Zugangskriterien neu geordnet hat, sondern daß sie darüber hinaus zu Bedenken Anlaß gibt, daß damit zugleich ein Wandel des bisherigen Charakters des letztinstanzlichen Rechtsmittels eingeleitet worden ist[1]. Die endgültige Bestätigung darauf gerichteter Vermutungen wird erst eine spätere Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung erbringen können, die nur etwas mehr als dreijährige Praxis mit der neuen Regelung läßt noch keinen Nachweis grundlegender Änderungen zu[2]. Dennoch müssen schon im Rahmen dieser Arbeit neben den Problemen der Zugangsprüfung selbst die Gefahren und deren mögliche Folgen umrißartig bezeichnet werden, die sich aus der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung in ihrer ausschließlichen Art ergeben können, auch wenn sich das eine oder andere Moment nur in einer weniger krassen Form bewahrheiten sollte.

17.1. Verlagerung der Schwerpunkte in der dritten Instanz

Wenn man sich den früheren Rechtszustand vor Augen führt, wird man kaum sagen können, daß die Fälle, die die Berufungsgerichte wegen grundsätzlicher Bedeutung zur Revision zugelassen haben, durch den Bundesgerichtshof eine andere Behandlung erfahren hätten als der - weit größere - Teil derjenigen Streitigkeiten, die nur durch die summa gravaminis qualifiziert waren. Im Mittelpunkt stand jedesmal der konkrete Rechtsfall, seine Entscheidung war das vorrangige Ziel

1) Vgl. auch Pohle, Gutachten, S. 47; A.Arndt, AnwBl 1963, 219 f; Nirk, BB 1975, 1173.
2) Es besteht zumindest die Gefahr der Verzerrung, solange der Bundesgerichtshof noch mit dem Abbau früherer Rückstände beschäftigt ist.

des Verfahrens[3]. Rechtsgrundsätze entstanden als Nebenprodukt aus fortgesetzter Rechtsprechung in behutsamer Entwicklung, konkretisiert durch die Fülle von Einzelfallentscheidungen[4].

Auch bei alleiniger Statthaftigkeit wegen grundsätzlicher Bedeutung ist ein solches Vorgehen nicht ausgeschlossen[5], da mit der Bejahung des Zugangskriteriums nichts weiter ausgesagt werden sollte, als daß die Vermutung bestehe, daß die Entscheidung einer bestimmten Rechtsfrage eine über den konkreten Streit hinausragende Bedeutung haben könnte.

Es droht jedoch die Gefahr, daß sich der Drang entwickelt, der späteren Entscheidung auch tatsächlich besonderes Gewicht beizulegen, - vor allem, wenn das erkennende Gericht selbst die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung annimmt. Das Bewußtsein, ausschließlich mit der Verhandlung allgemein interessierender Rechtsprobleme betraut zu sein, muß dazu führen, daß das Revisionsverfahren mehr als früher auf die Bildung von Grundsätzen ausgerichtet wird[6].

Ein bestätigendes Indiz für diese Annahme findet sich in der in Schrifttum und Rechtsprechung verwandten Terminologie.

Die Zulassung und die Annahme der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache werden gemeinhin zusammengefaßt als Grundsatzrevision bezeichnet. Man könnte sich darauf zurückziehen, daß es sich um eine verfehlte Wortbildung handeln - als Entsprechung zu dem Begriff der Streitwertrevision[7].

---

3) Dem steht nicht entgegen, daß es dem Revisionsgericht zur Pflicht gemacht war, die Einzelfallentscheidung im Rahmen gleichgelagerter Parallelfälle zu beurteilen und von da aus ihre allgemeine Anwendbarkeit zu erwägen; Bruns, Rn. 274 d; vgl. auch Baur, ZZP 71, 177; R.Fischer, DRiZ 1961, 155.

4) Vgl. 16.2.3. N.18. Daß eine verfehlte Grundsatzbildung nicht ausgeschlossen war, zeigt oben Beispiel 3 (15.4.3.).

5) Es ist sogar anzunehmen, daß der Stil der Rechtsprechung zunächst unverändert bleibt.

6) Pohle, Gutachten, S. 47. Pohle schließt nicht aus, daß der Wandel der richterlichen Kognition, die zunächst vielleicht unmerkliche Abwendung von dem - für das deutsche Richterrecht bezeichnenden - Fallrecht, auch eine Veränderung des Richtertyps nach sich zieht, wenn sich seine Arbeit auf das Herausarbeiten abstrakter Grundsätze konzentriert.

7) Doch nicht einmal das wäre erreicht: Streitwert und - nach Absicht des Gesetzgebers auch - die grundsätzliche Bedeutung stehen am Anfang des Revisionsverfahrens fest, der erwartete Grundsatz bildet allenfalls das Ergebnis der Verhandlung.

Eine derartige Kritik bliebe jedoch vordergründig. Die Verwendung des Begriffs verdeutlicht nämlich das bedenkliche Ziel, das mit der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung verfolgt wird: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat im Laufe der Zeit zur Herausbildung von gewissen Regeln und Grundsätzen geführt, die aufgrund ihrer Überzeugungskraft[8] Eingang in das Recht gefunden haben. Ihre Entwicklung beruhte aber auf der Zufälligkeit ihrer Entscheidungserheblichkeit. Dieser Prozeß soll durch veränderte Zugangskriterien "rationalisiert" und beschleunigt werden; im Idealfall müßte sich die Grundsatzbildung in einer Entscheidung vollziehen, um zugunsten der Entlastung auf weitere Verfahren verzichten zu können. Daß aber eine so vorgestellte konzentrierte Grundsatzrechtsprechung an der Wirklichkeit scheitern muß, ist oben nachgewiesen worden[9]. Danach müßte es auch dem Revisionsrichter unerwünscht sein, zu früh vor Grundsatzentscheidungen gestellt zu werden[10], da sich deren Allgemeintauglichkeit erst bei abweichenden Fallgestaltungen bestätigen kann[11]. Eine schnellere Festlegung erscheint jedoch - auch wenn sie nicht bewußt gewollt sein sollte - unvermeidbar, wenn sich das Schwergewicht des Interesses von der konkreten Fallentscheidung auf den zu findenden dahinterstehenden Grundsatz verlagert, auf den sich das Gericht schon bei der Vorauswahl inhaltlich fixieren mußte.

---

8) Esser, Grundsatz und Norm, S. 244; Schlüter, AnwBl 1963, 230.
9) Vgl. 15.4. und 16.
10) Jagusch, NJW 1963, 2.
11) Holste, AnwBl 1958, 5.

17.2. Aufnahme der Entscheidungen durch die nachgeordneten Gerichte

Unabhängig davon, in welchem Maße diese Gefahren tatsächlich Gestalt annehmen, steht zu befürchten, daß die - von dem Bundesgerichtshof zumindest erwartete - Grundsatzrechtsprechung zu Veränderungen in der Judikatur der nachgeordneten Gerichte führt. Ansatzpunkt für eine solche Überlegung ist das Maß der präjudizierenden Wirkung höchstrichterlicher Urteile, insbesondere, wenn sie - mit einem Leitsatz versehen - veröffentlicht werden[12]. Die Sprüche des Zentralgerichts in Zivilsachen hatten sei jeher eine erhebliche Bedeutung: eine bestimmte, regelmäßig wiederkehrende Antwort auf eine Rechtsfrage erzeugte eine - wenn auch freiwillige - Bindung, deren Rolle für die Rechtsprechung kaum zu überschätzen ist[13].

Es ist aber zu unterscheiden, ob ein Leitsatz zu einer Fallentscheidung verfaßt wird, die im Wege der Streitwertrevision zustande kam und daher nicht ohne weiteres den

---

12) Zu dem Problem der Autorität nichtamtlicher Leitsätze ohne Rücksicht auf die Urteilsqualität Esser, Grundsatz und Norm, S. 280 f.

13) Larenz, Methodenlehre, S. 422; vgl. auch Möhring, JZ 1972, 269: nicht die rechtskräftige Entscheidung als solche wirkt präjudizierend, sondern die richtige Auslegung und Konkretisierung einer Norm. R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 26, spricht sich gegen eine Bindung aus, da sie keine Rechtsgrundlage habe. Es ist aber nur unter der Voraussetzung, daß die Untergerichte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes übernehmen, denkbar, daß die höchstrichterlichen Entscheidungen auch ohne direkten Eingriff der Vereinheitlichung des Rechts dienen. Aus diesem Grunde fordert Puttfarken, JuS 1977, 493, die Anerkennung echter Präjudizien im Sinne einer Rechtsquelle.

Anspruch geltend macht, von besonderer, verallgemeinerungsfähiger Bedeutung zu sein, oder ob der Leitsatz am Ende eines Verfahrens steht, das nur deswegen in die dritte Instanz gelangte, weil es eben eine grundsätzliche Rechtsfrage zum Gegenstand hat[14].

Hier liegt die Annahme nahe, daß aus der Sicht der nachgeordneten Gerichte in Zukunft jede BGH-Entscheidung gleichzeitig Grundsatzqualität haben muß. Insbesondere, wenn sich die Zahl der Revisionen durch die neuen Zugangsbeschränkungen deutlich verringern sollte, wird die Versuchung bestehen, die verbleibenden Entscheidungen überzubewerten. Dadurch könnte sich die Neigung der Untergerichte erhöhen, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ohne weiteres zu übernehmen[15]. Das allerdings auch dann, wenn eine weiterreichende Bedeutung nicht gewollt ist[16], sondern die geäußerte Rechtsansicht trotz erwarteter - und also vermuteter - Grundsätzlichkeit nur für einen besonders gelagerten Einzelfall uneingeschränkte Gültigkeit haben kann und soll. Dem Revisionsrichter bleibt es versagt, die Auswirkungen seiner Entscheidungen im einzelnen absehen zu können, wenn ihnen stets Grundsatzcharakter beigemessen wird und sie daher der Gefahr der Verallgemeinerung ausgesetzt sind[17].

Gerade das Wissen um das Ansehen und die Leitfunktion seiner Urteile müßte den Bundesgerichtshof zu größter Zurückhaltung veranlassen, wenn es um die Bildung eines Rechtsgrundsatzes geht. Die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung weist aber gerade in die entgegengesetzte Richtung und drängt zu rascher Typisierung und Generalisierung.

---

14) Vgl. Prütting, S. 157 f, wonach die Leitsatzfähigkeit der zu erwartenden Entscheidung Merkmal der grundsätzlichen Bedeutung sein soll.
15) Gleiche Bedenken schon früher bei Pohle, Gutachten, S. 47; Heusinger, ZZP 76, 337; Möhring, NJW 1974, 370.
16) R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 24.
17) Möhring, NJW 1949, 2; Heusinger, ZZP 76, 337; R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 27.

Wie leicht können aber bei Erwartung perfektionistischer Regeln die Nuancen des Einzelfalls übersehen werden[18]. Die unvoreingenommene Beurteilung des konkreten Falls erschwert sich für die Untergerichte, wenn die Möglichkeit gegeben ist, auf einen bestehenden Grundsatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zurückzugreifen, der nicht erst aus zahlreichen Einzelfallentscheidungen herauszukristallisieren ist, sondern sich in einem abrupten Leitsatz anbietet. Er wird eher übernommen werden, wenn das gleiche rechtliche Problem formuliert zu sein scheint, auch wenn die gleich behandelten Fälle unter Umständen eine unterschiedliche Beziehung zu der Rechtsfrage aufweisen[19].

Die erhöhte Autorität höchstrichterlicher Leitsätze läßt eine weitere Veränderung befürchten:

Bisher haben sich Ursprünge und Ansätze zu neuen Gedanken und Strömungen häufig auf die unteren Instanzen zurückführen lassen, die durch die Fülle der ihnen täglich dargebotenen Lebenssachverhalte und ihre Praxisnähe durchaus in der Lage sind, die Weiterentwicklung innerhalb einzelner Rechtsfragen einzuleiten[20].

Im Rahmen der daraus möglicherweise folgenden Divergenzrevision ist es nicht nur Aufgabe des Bundesgerichtshofes, im Sinne zu erhaltender Rechtseinheit bei verfehlter Auslegung eine unerwünschte Entwicklung zu verhindern, sondern ebenso die Verbreitung neuer Auffassungen durch zustimmende Entscheidungen zu fördern und ihren gedanklichen Inhalt zu präzisieren.

Die Berufungsgerichte - und erst recht die Eingangsgerichte - könnten aber bei verstärkter Grundsatzrechtsprechung weniger

---

18) Larenz, Kennzeichen, S. 12. Vgl. dort die Kritik zu der Rechtsprechung des BAG zur Rückzahlung von Gratifikationen.

19) Das wird auch in dem Regierungsentwurf BT-Dr 7/444, S. 18, angemerkt. - Wie sehr eine gerichtliche Entscheidung ihre Färbung den Umständen des Einzelfalls entnimmt, und daß ihre rechtliche Bedeutung für andere ähnliche Fälle nur im Zusammenhalt mit diesen Umständen gewürdigt werden kann, betont schon Planck, Verhandlungen des 2.DJT (1860), Bd. I, S. 70.

20) Ebenso Schlüter, AnwBl 1963, 228.

geneigt sein, einmal die vom Bundesgerichtshof vorgezeichneten Bahnen zu verlassen, um vielleicht durch eine abweichende Entscheidung neue Anstöße zur Rechtsfortbildung zu geben oder um den Anwendungsbereich eines Grundsatzes einzuschränken. Das würde jedoch zu einer unerwünschten Erstarrung des Rechts führen, da dann die Initiative zur Rechtsfortbildung mehr und mehr auf den Bundesgerichtshof beschränkt würde.[21)]

17.3. Mögliche Folgen für die höchstrichterliche Rechtsprechung

17.3.1. Erhöhte Bindung an die eigene Rechtsprechung

Das zuletzt beschriebene Phänomen wird auch bei dem Bundesgerichtshof zu beobachten sein. Auch er nimmt sich durch die eigene Grundsatzrechtsprechung die Beweglichkeit (die für eine ständige Rechtsfortbildung vorausgesetzt werden muß), wenn mit einer einmaligen Antwort auf eine grundsätzliche Frage zugleich eine grundsätzliche Entscheidung verbunden ist. Es wird dann zu keinen weiteren Revisionen mehr kommen, weil es in den Augen der zulassenden Berufungsrichter an der Klärungsbedürftigkeit fehlt[22)] und weil der Bundesgerichtshof die Annahme mit Verweis auf seine vorgängige Entscheidung ablehnen wird[23)].

---

21) Dazu Paulus, ZZP 71, 224.

22) Möhring, NJW 1962, 3. Mißverständlich insoweit Stein-Jonas-Grunsky, 19. Aufl., § 546 VI 2 a, wo erwogen wird, die Zulassung trotz grundsätzlicher Bedeutung abzulehnen, wenn die Frage obergerichtlich geklärt sei: wenn es tatsächlich an der Klärungsbedürftigkeit fehlt, hat die Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung; anders allerdings dann, wenn die Frage fälschlich verfrüht als geklärt angesehen wird, oder ein bestehender Grundsatz unzulässig ausgeweitet wird.

23) Vgl. die Bedenken bei Holste, AnwBl 1958, 6; Grussendorf, NJW 1960, 11; Keil, Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, E 108; Henke, ebenda, E 92, spricht von der Gefahr der "Blockbildung". A. Arndt, AnwBl 1963, 220, mißt dem Prozeßbegriff der Grundsätzlichkeit deswegen revolutionäre Bedeutung zu, weil diese mit einem Grundsatzurteil untergehe.

Damit begibt sich das Revisionsgericht jedoch des Vorteils, den es gegenüber dem Gesetzgeber hat, daß es nämlich nur für den Einzelfall eine unwandelbare Erkenntnis fällen muß, die es aber innerhalb der nächsten Entscheidung - sofern notwendig - wieder interpretieren kann[24].

Eine Rechtsfrage wird auch nur selten durch eine einzige höchstrichterliche Entscheidung ihre grundsätzliche Bedeutung verlieren[25], muß doch ihre Lösung regelmäßig immer wieder an neuen Fällen gemessen werden[26], die erweiternde oder verengende Gesichtspunkte mit sich bringen können[27] und erst so, "in kasuistischer Profilierung"[28], zu der Ausfüllung eines Rechtsgedankens führen[29]. Das wird bei früher Festlegung auf einen - als solchen deklarierten oder nur vermuteten - Grundsatz erheblich erschwert[30].

---

24) A.Arndt,AnwBl 1963, 213. Paulus, ZZP 71, 212, hob für das Reichsgericht hervor, daß es in der eigenen Spruchüberlieferung großzügig operierte, um Raum für eine eigene ergänzende Rechtsbildung zu haben; ähnlich Möhring, NJW 1949, 2. Zu der zurückhaltenden Fallrechtsprechung des Reichsgerichts auch R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 13.

25) Auch wenn es Fälle der Rechtsfortbildung gibt, die keiner langen Übung bedürfen, sondern bei denen ein überzeugendes Urteil reicht. Vgl. dazu oben Beispiel 2 (15.4.2.), vor allem aber die zahlreichen Musterfälle im Tarifrecht, Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht; R.Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 8; vgl. auch Esser, Festschrift f. F.v.Hippel, S. 115. Zum Musterprozeß oben 16.2.1. N.8.

26) Schlüter, AnwBl 1963, 223; Möhring, JZ 1972, 269.

27) Weyreuther, Rn. 66.

28) Esser, Grundsatz und Norm, S. 244.

29) A.Arndt, AnwBl 1963, 221, kennzeichnet die erst am Ende einer Rechtsprechung stehende Grundsatzentscheidung damit, daß dem "Systemdenken" das "Problemdenken" voranzugehen habe.

30) Grussendorf, NJW 1960, 11. Pohle, Gutachten, S. 48, weist darauf hin, daß gerade in einer Rechtsordnung, die umfassende Kodifikationen gewohnt ist, ein betontes Richterrecht zu schneller Erstarrung führen muß. Verneint wird die beschriebene Gefahr u.a. von Kregel, Verhandlungen des 44.DJT (1962), Bd. II, E 23; H.Arndt, DRiZ 1962, 202; Prütting, S. 74.

Ähnlich verhält es sich mit Entscheidungen, die zwar einen ausgeprägten Grundsatz enthalten, der jedoch bei neuerlicher Überprüfung verworfen und inhaltlich vielleicht ins Gegenteil verkehrt würde[31].

17.3.2. Erhaltung von Justizirrtümern

Mit der Gefahr der Bindung an die eigenen Grundsatzentscheidungen eng verwandt ist das Problem der Erhaltung alter Justizirrtümer[32]. Paulus[33] bemerkt zutreffend, daß die Grundsatzrevision im Gegensatz zur Streitwertrevision nur geringe Aussicht bietet, daß einmal entstandene Fehlbeurteilungen abgebaut werden, wenn sie erst "durch Judikatsreihen standardisiert" worden sind, da ihre erneute Behandlung an der Vorauswahl scheitert. Die Revision könne dann nur noch durch gewollte Divergenz eines oberlandesgerichtlichen Urteils erzwungen werden[34].

17.3.3. Verkennen erneuter Klärungsbedürftigkeit

Eine weitere Variante ergibt sich für die Rechtsfragen, auf die es unter Umständen jahrzehntelang nur eine zutreffende und anerkannte Antwort gab, die aber ab einem gewissen Zeit-

---

31) Vgl. aus der früheren BGH-Rechtsprechung (des IV. Zivilsenats) einerseits BGHZ 6, 193, wonach Ferienkammern und -senate zur Bearbeitung von Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zuständig sind - mit der Folge, daß bei Verstoß ein absoluter Revisionsgrund gegeben ist (§ 551 Nr. 1, unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts) -, und andererseits BGHZ 9, 30, wo dieser Standpunkt ausdrücklich aufgegeben wurde. Ähnlich auch BGHZ 9, 22 im Gegensatz zu BGHZ 8, 47 zu der Frage, ob sich die Bestimmung einer gesetzlichen Feriensache (§ 200 II GVG) aus der Hauptbegründung ergeben müsse oder ob der Inhalt einer Hilfsbegründung genüge.

32) Dazu Paulus, ZZP 71, 221; Paulsen, DRiZ 1962, 171.

33) AaO.

34) Was bedeutet, daß die Oberlandesgerichte die Kontrollinstanz für BGH-Entscheidungen wären.

punkt in Zweifel gezogen werden müßte, weil die veränderten Umstände zu einem Überdenken veranlassen[35]. Auch diesen Fällen käme ein offener Revisionszugang zugute, um gewissen "Versteinerungen"[36] in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu begegnen. Im Unterschied zu den ursprünglichen Fehlentscheidungen, nach deren Erlaß aus der Sicht der Gerichte weitere Klärungsbedürftigkeit verneint werden muß, erwachsen die hier angesprochenen Rechtsfragen erst mit der Zeit zu grundsätzlicher Bedeutung, so daß ihre Neubehandlung nicht nur durch das Verharren in der überkommenen Rechtsprechung verhindert werden kann, sondern vor allem auch dadurch erschwert wird, daß die grundsätzliche Bedeutung in einer summarischen Vorprüfung nicht erkannt wird.

17.3.4. Gefährdung des Vertrauens in die Rechtspflege

In diesem Zusammenhang nur am Rande zu erwähnen, aber für sich von erheblichem Gewicht, ist die Zwangslage des Revisionsgerichts, bei fehlender grundsätzlicher Bedeutung auch offensichtliche Rechtsfehler der Berufungsgerichte hinnehmen und damit in den Augen der Parteien Beeinträchtigungen der Einzelfallgerechtigkeit decken zu müssen[37]. Eine derartige, durch das Gesetz verordnete Praxis[38] muß das Vertrauen in die Rechtspflege erschüttern[39]. Als Folge ist nicht auszuschließen, daß die potentiellen Revisionskläger vermehrt von der Einlegung des Rechtsmittels absehen werden, wenn ihnen der Revisionszugang nicht schon durch die Zulassung gewiß ist. Dadurch werden aber indirekt die Möglichkeiten des Bundesgerichtshofes, für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zu wirken, um einen weiteren Teil vermindert.

---

35) Vgl. dazu oben Beispiel 2 zu § 50 II ZPO (15.4.2.).
36) Paulus, ZZP 71, 221.
37) Jagusch, NJW 1963, 567; Bruns, Rn. 275 c; siehe auch oben 9.2.1. S. 77.
38) Die durch die - in der jetzigen Form abzulehnende - Ermessensannahme modifiziert werden soll.
39) So auch die Stellungnahme der BRAK in NJW 1962, 785; vgl. auch Holste, AnwBl 1958, 2, der auf die Bedeutung des Erhalts des Vertrauens in die Rechtspflege für den Rechtsstaat hinweist.

17.3.5. Gewinn für die Rechtseinheit ?

Kullmann hat in den Beratungen des Rechtsausschusses[40] als Vorteil schneller Grundsatzbildung hervorgehoben, daß sie zur Beseitigung anhaltender Rechtsunsicherheit beitrage.

Man könnte sich dem insofern anschließen, daß die Grundsatzrevision mit den beschriebenen Folgen zumindest der Förderung der Rechtseinheit in erhöhtem Maße diene[41]. Wenn sie sich aber tatsächlich in der eben vorgetragenen Form vollzieht, wird nur ein statischer Zustand erreicht, der an sich der Natur des sich ständig bewegenden Rechts[42], das immer wieder neue Erscheinungen in sich aufnehmen muß, widerspricht[43]. Rechtseinheit kann nicht bedeuten die Unterdrückung neuer Gedanken und kritischer Abweichung, sie muß im Gegenteil dadurch gewahrt werden, daß sie immer wieder neu ansetzt und Weiterentwicklungen in sich aufnimmt.

Zutreffend bleibt, daß bei stärkerer Übernahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Aufgabe des Bundesgerichtshofes, die Rechtseinheit zu wahren, erleichtert wird, doch ist der zu zahlende Preis - die Nachteile für die Rechtsfortbildung - zu hoch[44].

17.3.6. Ausbleiben des erforderlichen Fallmaterials

Betrachtet man die Folgen betonter und ausschließlicher Grundsatzrevision - die sich verringernden Möglichkeiten, ein drittinstanzliches Verfahren zu erwirken - in ihrer Gesamtheit, dann erwächst die Befürchtung, daß dem Bundes-

---

40) Sten.Prot.d.Rechtsausschusses, 56. Sitzung, S. 35.
41) Eine zunächst zwangsläufige Folgerung, da Vereinheitlichung und Fortbildung des Rechts entgegengesetzte Bewegungslinien aufweisen.
42) Jagusch, NJW 1953, 163.
43) Die Rechtseinheit kann auch unter einem vereinheitlichten Revisionsstil leiden.
44) Vgl. auch die kritischen Gedanken bei A.Arndt, NJW 1962, 1621 f, zu dem "verhängnisvolle(n) Grundirrtum, daß Sicherheit des Gesetzlichseins den Vorrang hätte, verklärt als Gewinn des Rechtsfriedens".

gerichtshof das erforderliche Anschauungsmaterial entzogen werde[45], doch zu einem beachtenswerten Argument.

Wenn dem Richter vermehrt die Würdigung immer wieder anderer Lebenssachverhalte abgeschnitten wird, sei es durch die Nichtzulassung oder aufgrund eigener Entscheidung, dann steht in der Tat die "Verödung der obersten Instanz"[46] in Gefahr, die den Richter in seinem Denken erstarren läßt und zu lebensfremden Urteilen führt[47]. Denn je mehr Grundsätze aus der BGH-Rechtsprechung hervorgegangen sind, desto größer wird das Feld vermeintlich geklärter Rechtsfragen und desto schmaler wird das Gebiet, auf das der Bundesgerichtshof zurückgedrängt wird[48].

Wahre Rechtseinheit und eine geglückte Rechtsfortbildung erfordern aber eine breite Anschauungsbasis: richterliche Erkenntnisse dürfen nicht beziehungslos nebeneinander stehen. Das Material nur weniger Vorlagefälle wird dem aber nicht genügen können[49]. Eine Entwicklung in dieser Richtung würde die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu einem sich selbst genügenden Entlastungsmechanismus entwerten.

17.4. Zusammenfassende Würdigung

Die dargestellten Entwicklungstendenzen und möglichen Gefahren hängen in ihrer jeweiligen Intensität von dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ab, die sich allerdings nur zum Teil aus dem Gesetz ersehen lassen.

Grundlage der Überlegungen ist die dem neuen Revisionsrecht anhaftende Ausschließlichkeit, mit der die dritte Instanz auf Rechtssachen von grundsätzlicher Bedeutung beschränkt

---

45) Vgl. oben 16.3. N. 20.
46) Grussendorf, NJW 1960, 11.
47) Schlüter, AnwBl 1963, 228. Der Deutsche Anwaltsverein lehnte die Grundsatzrevision ebenfalls ab, weil sich die Funktion des Bundesgerichtshofes sonst zu der eines Sachverständigenkollegiums zurückbilden würde (Stellungnahme in AnwBl 1954, 122).
48) Möhring, NJW 1949, 2.
49) Jagusch, NJW 1953, 162.

wird[50]. Die Ursache für die mögliche Änderung des Rechtsprechungsstils ist allein in der Verlagerung der Gewichte der Auswahlkriterien zu suchen. Erst durch die einseitige Konzentrierung auf eine "rationelle" Problemabklärung durch eine möglichst nur einmalige Behandlung an einem ausgewählten Fall wird das bisherige Fallrecht in seiner ausgedehnten und differenzierten Form verdrängt[51].

Die Materialien wie der Wortlaut des Gesetzes deuten auf die verstärkte Heranbildung einer Grundsatzrechtsprechung hin. Einschränkendes Moment für die Richtigkeit der gestellten Prognose ist allerdings, inwieweit die Gerichte die Vorstellung des Gesetzgebers übernehmen, sie seien zu einer Abscheidung nicht grundsätzlicher Rechtssachen in der Lage, und inwieweit sie sich demzufolge ausschließlich auf vermeintliche Grundsatzfragen beschränken.

Wie aber auch immer sich die gerichtliche Praxis darstellen wird, es bleibt die der Grundsatzrevision immanente Tendenz, daß der Richter, um der Grundsätzlichkeit Ausdruck zu verleihen, vermehrt verallgemeinert[52], andere Fallvarianten[53] mit in seine Entscheidung einbezieht[54] und die Arbeit am System der eigentlichen Fallentscheidung überordnet[55].

---

50) Zu der Ermessensannahme des § 554 b vgl. oben 10. Abgesehen von ihrer grundsätzlichen Unhaltbarkeit kann sie hier schon deswegen außer Acht bleiben, weil mit ihr den hier behandelten Nachteilen einer Grundsatzrevision nicht entgegengewirkt werden sollte, wozu sie im übrigen auch nicht in der Lage wäre.

51) Nirk, BB 1975, 1173.

52) Obwohl das für die Entfaltung des wahren Rechtszustands eher schädlich ist, Bruns, Rn. 274 d; auch R.Fischer, DRiZ 1961, 154.

53) Denen nach einem Grundsatzurteil kaum noch ein eigenes Verfahren gewidmet werden kann.

54) Deren ratio decidendi dann durch obiter dicta überwuchert wird.

55) Dieser Gefahr werden in besonderem Maße die Verfahren ausgesetzt sein, in denen der Bundesgerichtshof selbst über die grundsätzliche Bedeutung entscheidet, da er damit selbst eine bestimmte Zielrichtung festlegt. Vgl. dazu die erste Untersuchung von Salger/Münchbach, DRiZ 1977, 265, nach der vom 1.1.1976 bis zum 30.6.1977 66% der Annahmerevisionen zu Leitsatzentscheidungen führten, aber nur 44% der Zulassungsrevisionen.

In ihrer vollkommenen Ausprägung würden die höchstrichterlichen Urteile zu gesetzesähnlichen Aussprüchen, d.h. die Grundsätze würden als legislative Einzelakte des Gesetzes erscheinen[56]. Damit bewegte sich der Bundesgerichtshof auf einen Grenzbereich zu, der dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollte[57]. Je mehr er zu der allgemeinen Regel drängt, zu dem ausnahmslosen Rechtsprinzip, desto weiter wird er sich von der ihm bisher zugedachten Ebene entfernen, die die konzentrierte Beschäftigung mit dem Einzelfall erlaubte und die einen umfassenden Überblick über die Vielzahl möglicher Erscheinungsformen rechtlicher Probleme gewährte.

---

56) Vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 279; auch JZ 1962, 514.

57) Schröder, MDR 1960, 809; Schlüter, AnwBl 1963, 230; A.Arndt, AnwBl 1963, 221. Eine offizielle Grundsatzrechtsprechung wird zudem Auswirkungen auf die Qualität und Entscheidungsfreude des Gesetzgebers haben.

18. Ergebnis

Die Ausrichtung der Revision auf die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache ist verfehlt. Weder die Vereinheitlichung noch die Fortbildung des Rechts werden in der Weise gefördert, wie es mit der Reform des Revisionsrechts beabsichtigt war.

Eine durch die spätere Wirkung einer Entscheidung bestätigte Auswahl nach dem Gesichtspunkt der Grundsätzlichkeit läßt sich nur für einen unzureichenden Anteil der revisiblen Streitigkeiten treffen, während eine weitaus größere Zahl von Verfahren zu Unrecht ausgeschieden werden müßte. Der Grund für das Versagen des Zugangskriteriums liegt in der Fehlvorstellung, man könne die Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung - auch bei allgemeinster Definition - so weit vorverlagern und den Einfluß einer Entscheidung so treffend vorherbestimmen, daß sich allein mit diesen Feststellungen ein umfassendes Auswahlprinzip konstruieren ließe.

Das Argument der verfahrenstechnischen Untauglichkeit der grundsätzlichen Bedeutung als nahezu einziges Zugangskriterium wird durch die Gesichtspunkte ergänzt, die die Grundsatzrechtsprechung an sich betreffen. Auch hier hat sich gezeigt, daß die Perfektion eines Prinzips eher schädlich ist.

Bleibt man bei der eingangs[1)] vorgenommenen Beschränkung auf die Förderung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung, welche verbreitet als maßgebliche Gesichtspunkte für das Vorliegen grundsätzlicher Bedeutung angenommen

---

1) Oben 13.

werden[2], so führen die Untersuchungen zum Einfluß der Verfahrensauswahl auf die im Allgemeininteresse stehenden Revisionsaufgaben zu folgendem Ergebnis:

Die Fortbildung des Rechts wird durch den Verzicht auf einen kontrollfreien Zugangsbereich und die Ausrichtung auf die grundsätzliche Bedeutung in erheblichem Maße beeinträchtigt und im übrigen in bedenkliche Bahnen gelenkt.
Für die Rechtseinheit gilt, daß sie zwar durch die Grundsatzbildung gestärkt werden mag, aber in falschem Sinne[3], und daß ansonsten der für sie erzielte Gewinn in Frage gestellt werden muß, da mit der Vorauswahl gerade die aus späterer Sicht relevanten Fälle ausgesondert werden können und die Vereinheitlichung oder der Erhalt der Einheit verhindert wird.

---

2) Vgl. aber oben 9.1.2., wo dargelegt worden ist, daß sich der Begriffsinhalt darin nicht erschöpfen kann, und 11., wo nachgewiesen wurde, daß sich nicht alle Kontrollfunktionen des Bundesgerichtshofes unter dem Begriff der grundsätzlichen Bedeutung vereinen lassen.
3) Vgl. oben 17.3.5.

19. Schlußbetrachtung

Es gibt keine Ideallösung für die Regelung des Revisionszugangs. Eine Beschränkung auf ausgewählte Verfahren zwingt vielmehr in jeder denkbaren Form zu Zugeständnissen.

Die vorliegende Arbeit sollte eine Antwort darauf erbringen, ob das Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8.7.1975 zu einem tragbaren Kompromiß gefunden hat. Arbeitsgrundlage war allein der Text der Zivilprozeßordnung, - auf rechtstatsächliches Material aus der Zeit nach 1975 ist verzichtet worden, weil die zu beurteilende Gesetzesfassung für eine entsprechende Analyse zu jung ist.

Die Untersuchung der Zugangsbeschränkungen war darauf gerichtet, die besonderen Eigenarten der Regelung herauszustellen und zu erforschen, ob mit der Novelle das gesetzte Ziel erreicht werden kann, trotz stärkerer Verengung des Revisionszugangs Fragen von allgemeiner Bedeutung in gleichem Maße zu berücksichtigen wie bisher.

Besondere Aufmerksamkeit galt der neu eingeführten Annahmerevision, zunächst, weil sie als neuartiges Institut und augenfällige Veränderung des bisherigen Systems bisher kaum erörtert worden ist, vor allem aber, weil mit ihr der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung zu dem zentralen Kriterium des Revisionsrechts erwuchs. Die schon bekannte Zulassungsrevision wurde hingegen nur dort einbezogen, wo es auf sie als Teil einer einheitlichen Grundkonzeption ankam.

Die Beschränkungen des Revisionszugangs haben unter zwei Hauptgesichtspunkten zu Bedenken und Einwänden Anlaß gegeben: einmal aus Gründen der Schwierigkeiten mit der Handhabung der Zugangskriterien selbst, zum zweiten wegen der Folgen für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung.

Will man an der jetzigen Konzeption festhalten, müßte man innerhalb der ersten Gruppe als systemimmanent in Kauf nehmen, daß die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung auch in weiter Zukunft keine gleichmäßige Berücksichtigung aller revisionswürdigen Fälle gestattet (ganz abgesehen

von der Fragwürdigkeit der Art der Auswahl), weil der maßgebliche Begriff nur unzureichende Kriterien vermitteln kann; daß als Kehrseite dieses Mangels die beteiligten Richter einen fast unbegrenzten Ermessensspielraum zu bewältigen haben, dessen Ausnutzung die Gefahr birgt, den notwendigen Sachbezug zu verlieren - insbesondere das nicht annehmende Revisionsgericht wird sich kaum des Vorwurfs erwehren können, es nutze die Ablehnungsmöglichkeit auch zur Verweigerung bei unbequemen Fällen und zur Vermeidung zusätzlicher Arbeit[1] -; und daß schließlich die Parteien und ihre Anwälte einer erheblichen Rechtsmittelunsicherheit ausgesetzt sind[2].

---

1) So schon der Kommissionsbericht 1961, S. 158

2) Nach Abschluß der Arbeit ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß v. 9.8.1978 - 2 BvR 831/76) zur Verfassungsmäßigkeit des § 554 b I bekannt geworden (NJW 1979, 151); ebenso später 2 BvR 1148/76 v. 16.1.1979 und 2 BvR 1144/76 v. 17.1.1979:
Das Bundesverfassungsgericht hält die Bestimmung für verfassungsmäßig, jedoch sei sie im Lichte der Verfassung einschränkend dahin auszulegen, daß die Annahme der Revision ohne grundsätzliche Bedeutung nur dann abgelehnt werden dürfe, wenn das Rechtsmittel im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg habe. Die Deutung, es dürfe auch die jeweilige Arbeitsbelastung der Senate mitberücksichtigt werden, sei mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes nicht vereinbar. (Die Begründung entspricht insoweit dem unter 10.3. Gesagten).
Trotz Erhaltung der Vorschrift ist diese damit im Kern getroffen: das Bundesverfassungsgericht kommt zu einer Einschränkung des den Revisionsrichtern zugedachten Ermessensspielraums, die den in den Gesetzesmaterialien und im Schrifttum geäußerten Vorstellungen über die Anwendungsbreite der Bestimmung (der sich auch die Rechtsprechung angeschlossen hat - BGH JZ 1977, 105) widerspricht. Die Durchstreichung der Norm wäre der ehrlichere Weg - mit den klareren Folgen - gewesen. Vielleicht stand dem aber der horror vacui gegen Aufhebungen entgegen, so daß dem Bundesverfassungsgericht nur der Weg blieb, die gesetzgeberische Regelung in den Rahmen der Verfassung "einzubiegen".
Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung belastet aber die Rechtsanwälte am Bundesgerichtshof mit der Verantwortung dafür, den "offenbaren" Widerspruch zu der Verfassung nicht gesehen und die entsprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofes nicht angegriffen zu haben, so daß sie Regreßansprüchen ausgesetzt sein könnten. Mißlich ist auch, daß der Sinn der bisherigen Nichtannahmen dahin verkehrt werden könnte, die Revisionen seien offensichtlich aussichtslos gewesen.

Literaturverzeichnis

Adickes, Franz	Grundlinien durchgreifender Justizreform. Berlin 1906.
Anwaltsverein	Stellungnahme des Vorstandes zur Beschränkung der Revisionsmöglichkeit beim Bundesgerichtshof. AnwBl. 1954, 122
Arndt, Adolf	Zur Problematik der Grundsatzrevision aus verfassungsrechtlicher Sicht. NJW 1962, 1660
-	Gesetzesrecht und Richterrecht. AnwBl. 1963, 209
Arndt, Herbert	Zur Reform des Revisionsrechts. DRiZ 1962, 302
Arnold, Hans	Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof. JR 1975, 485
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang - Albers, Jan - Hartmann, Peter	Zivilprozeßordnung, 36. Aufl. München 1978
Baur, Fritz	Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozeß. ZZP 71, 161
-	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Frankfurt 1978
Bender, Rolf	Zur Änderung des Revisionsrechts aus der Sicht des Tatrichters. DRiZ 1973, 377
Bettermann, Karl August	Die Revision wegen wesentlicher Verfahrensmängel, insbes. nach dem BVerwGG. NJW 1954, 1305
-	Grundgesetz und Revisibilität. JZ 1958, 235
-	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, IV, 2. Berlin 1959
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963

Blomeyer, Arwed	Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne? Gutachten zum 46. Dt. Juristentag. München und Berlin 1966, Bd. I Teil 2 A
Blumenwitz, Dieter	Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, 2. Aufl. München 1976
Boetticher, Eduard	Besinnung auf das Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht, Festschrift für Dölle, 1963 I S. 41
Borck, Hans Günther	Zur Annahmerevision und dem Unbehagen hieran. WRP 1975, 708
Brennert, Joachim	Die Novelle zum Sozialgerichtsgesetz. NJW 1975, 1491
Brüggemann, Jürgen	Die richterliche Begründungspflicht. Berlin 1971
Bruns, Rudolf	Besprechung Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 4. Aufl. AcP 151, 186
-	"Funktionaler" und "instrumentaler" Gehalt der Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte, ZZP 78, 264
-	Der Beweiswert. ZZP 91, 64
-	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. München 1979
-	Die Frist als gesetzgeberisches Mittel der deutschen Zivilprozeßreform zur Beschleunigung der Verfahren in: Festschrift für T. Liebman, 1979
Bucher, Ewald	Aufgaben der obersten Zivilgerichte in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. NJW 1963, 929
Bundesjustizministerium	Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit. 1961
Bundesrechtsanwaltskammer	Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, insbes. Maßnahmen zur Entlastung des Bundesgerichtshofes. NJW 1962, 785

Bunge, Jürgen	Das englische Zivilprozeßrecht. Berlin 1974
Bunn, Charles	A Brief Survey of the Jurisdiction and Practice of the Courts of the United States, 5th Ed. St.Paul, Minn. 1949
Depenbrock, Johannes	Die revisionsrechtlichen Begriffe "grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage" und "grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache". RdA 1958, 407
Deubner, K.G.	Bemerkungen zur analogen Anwendung des § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch. MDR 1958, 197
Düringer	Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts. DJZ 1910, 329
Duske, Klaus	Die Aufgaben der Revision. Diss. Marburg 1960
Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich	Das Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb. Tübingen 1954
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. Münster 1975
Esser, Josef	Not und Gefahren des Revisionsrechts. JZ 1962, 513
-	Richterrecht, Gebrauchsrecht und Gewohnheitsrecht. Festschrift für Fritz von Hippel. Tübingen 1967 S. 95
-	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1974
Fischer, Otto	Die Reform des Rechtsmittels der Revision im Civilprozeß. IherJB 38, 265
Fischer, Robert	Die Notwendigkeit einer neuen Zuständigkeitsregelung für den Bundesgerichtshof. BB 1954, 1005
-	Die Rechtsprechung des Bundesgerichthofs. DRiZ 1961, 154
-	Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung. Karlsruhe 1971

Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft. Berlin - Heidelberg - New York 1965
Gernhuber, Joachim	Formnichtigkeit und Treu und Glauben. Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler. Karlsruhe 1957 S. 151
Gilles, Peter	Das Rechtsmittel im Zivilprozeß. Frankfurt 1972
-	Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel. AcP 177, 189
Goldschmidt, James	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Berlin 1932
Gottwald, Peter	Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz. Berlin 1974
Grunsky, Wolfgang	Beschränkung bei der Einlegung eines Rechtsmittels und bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils. ZZP 84, 129
-	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. Bielefeld 1974
-	Die Entscheidungsbegründung im deutschen zivilgerichtlichen Verfahren, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten. Hrsgg. von Rainer Sprung. Wien 1974
-	Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsvereinheitlichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts ? Gutachten zum 51. Dt. Juristentag. München 1976 Bd. I Teil A
Grussendorf, W.	Die Neuregelung der Revision. NJW 1960, 10
Habscheid, Walter	Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft. AcP 155, 375
Hagen, Horst	Formzwang und Formzweck im Zivilprozeß. JZ 1972, 505
Hahn, C.	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung in: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd. Berlin 188

Hahn, C.	Materialien zum Gesetz betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, in: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8. Berlin 1898
Haller, Walter	Supreme Court und Politik in den USA. Bern 1972
Hamm, Oskar	Empfiehlt sich eine Änderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen ? Gutachten zum 29. Dt. Juristentag. Berlin 1908, 3. Bd. S. 39
Hanack, Ernst Walter	Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit. Hamburg-Berlin 1962
Haymann, Franz	Zuwendungen aus fremdem Vermögen. IherJB 77, 188
Heinsheimer, Karl	Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, in: Festschrift für Franz Klein. Wien 1914 S. 133
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil. Leipzig 1912
Henke, Horst-Eberhard	Die Tatfrage. Berlin 1966
-	Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so lange dauern. ZZP 83, 125
Henle, Rudolf	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, Schuldrecht. Rostock 1934
Henrici	Das deutsche Reichsgericht. IherJB 24, 1
Heusinger, Bruno	Überlastung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs und Mittel zur Abhilfe. ZZP 76, 321
v.Hippel, Fritz	Formalismus und Rechtsdogmatik. Hamburg 1935
Holste, Heinrich	Zur Frage der Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen. AnwBl. 1958, 1

Holtgrave, Walter	Das neue Recht der Revision in Zivilsachen. DB 1975, 1685
Holzhammer, Richard	Österreichisches Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren. Wien-New York 1970
Ipsen, Knut	Die Richterwahl in Bund und Ländern. DöV 1971, 469
Jagusch, Heinrich	Revision oder Grundsatzentscheidung. NJW 1953, 161
-	Grundsatzrevision in Zivilsachen ? Ausweg oder Irrweg ? NJW 1963, 1
-	Nachteile der Grundsatzrevision. NJW 1963, 565
Jahn, Gerhard	Überlegungen zur Reform der Rechtspflege. DRiZ 1973, 181
Jauernig, Othmar	Zivilprozeßrecht. 18. Aufl. München 1977
Johannsen, Kurt	Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten einzuschränken und die Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln ? DRiZ 1962, 302
Kegel, Gerhard	Der Individualanscheinsbeweis und die Vertretung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Festgabe für Heinrich Kronstein. Karlsruhe 1967 S. 321
Kirchberger, Hans	Umgestaltung der Revision beim BGH nach amerikanischem Vorbild. NJW 1955, 1497
Kissel, Otto Rudolf	Der dreistufige Aufbau in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Frankfurt 1972
Klein, Franz - Engel, Friedrich	Der Zivilprozeß Österreichs, in: Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten, 3. Band, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
Kloeppel, Peter	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Gruchot 32, 611

Kollhosser, Helmut	Anscheinsbeweis und freie Beweiswürdigung. AcP 165, 46
Kraemer, Wilhelm	Das Revisionsverfahren in Zivilsachen nach dem Rechtsvereinheitlichungsgesetz. ZZP 64, 131
Kratz, Ernst Jürgen	Zur Richterwahl. DRiZ 1970, 15
Kregel, Wilhelm	Referat zum 44. Dt. Juristentag. Tübingen 1962, Bd. II Teil E
Kullmann, Hans Josef	Der Rechtsmittelzug in einem dreistufigen Gerichtsaufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit. ZRP 1972, 231
-	Abschied von der Revision - aber was dann ? DRiZ 1973, 184
Lässig, Curt Lutz	Das neue Revisionsrecht - Kritik einer Reform. NJW 1976, 269
Larenz, Karl	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung. Karlsruhe 1965
-	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1975
-	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. München 1977
Leibholz, G. - Rinck, H.J.	Grundgesetz, 5. Aufl. Köln ab 1975
v.Linde, J.T.B.	Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, 7. Aufl. 1850
Lobe, Adolf	Fünfzig Jahre Reichsgericht. Berlin und Leipzig 1929
de Lousanoff, Oleg	Die "grundsätzliche Bedeutung" der Rechtssache im neuen Revisionsrecht. NJW 1977, 1042
Mann, Frederic Alexander	Die deutsche Justizreform im Lichte englischer Erfahrung. DRiZ 1965, 75
Mannheim, Hermann	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925

Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman	Grundgesetz. München Stand Juni 1978
Mayer, Willfred	Der französische Kassationshof - ein Vorbild ? DRiZ 1972, 382
Meesmann, Gerwald	Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf. Diss. Marburg 1968
Menger, Christian Friedrich	Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Karlsruhe 1975
Meyer-Ladewig, Jens	Grundsatzrevision oder Zugriffsrevision. DRiZ 1974, 129
-	Sozialgerichtsgesetz. München 1977
Mezger, Manfred	Ökonomische Aspekte der Rechtsschutzversicherung. ZRP 1977, 252
Möhring, Philipp	Das Oberste Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen - ein Revisionsgericht! NJW 1949, 1
-	Vorschläge zur Reform des Revisionsrechts. NJW 1962, 1
-	Zur Reform des Revisionsrechts. DRiZ 1962, 152
-	Der Gesetzesentwurf zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und in Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit. JZ 1972, 268
-	Falsa demonstratio - nocet. JZ 1974, 369
Müller, Gerhard	Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, in: Festschrift für Herschel. Stuttgart 1955, S. 159
Münzberg, Wolfgang	Rechtskrafteintritt bei oberlandesgerichtlichen Urteilen. NJW 1977, 2058
Musielak, Hans Joachim	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß. Berlin New York 1975

Nirk, Rudolf	Gedanken zum neuen Revisionsrecht in Zivilsachen. BB 1975, 1172
Oertmann, Paul	Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. Berlin 1910
-	Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. und 3. Aufl. Leipzig 1927
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. München 1978
Paulsen, Paul	Reform der Revision beim Bundesgerichtshof. BB 1955, 169
Paulus, Gotthard	Die Beschränkungen der Revisionszulässigkeit. ZZP 71, 188
Pawlowski, Hans Martin	Aufgabe des Zivilprozesses. ZZP 80, 345
Petersen	Nochmals: Die Erhöhung der Revisionssumme. DJZ 1898, 7
Planck	Gutachten zum 2. Dt. Juristentag 1860, 1. Bd. Berlin 1861 S. 66
Pohle, Rudolf	Revision und neues Strafrecht. Leipzig 1930
-	Empfiehlt es sich, die Revision zu den oberen Bundesgerichten einzuschränken und ihre Zulässigkeit zu den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln ? Gutachten zum 44. Dt. Juristentag, Bd. I 3. Teil Heft B. Tübingen 1962
Pritsch, Erich	Rechtsmittelzulassung und Entlastung des Revisionsgerichts. NJW 1949, 403
Prütting, Hanns	Die Zulassung der Revision. Köln-Berlin-Bonn-München 1977
-	Anmerkung zu BGH ZZP 90, 77. ZZP 90, 77
Puttfarken, Hans Jürgen	Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft. JuS 1977, 493

Putzler, Bernhard	Die Überlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge. Leipzig 1910
Redeker, Konrad	Referat zum 44. Dt. Juristentag. Tübingen Bd. II Teil E 1964
Reuß, Hermann	Zur Neuordnung des Revisionsrechts, insbes. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. DÖV 1959, 10
Riegert, Robert A.	Die Reform der Revision in Zivilsachen aus der Sicht der amerikanischen Appellationspraxis. ZZP 84, 319
Rimmelspacher, Bruno	Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß. Göttingen 1966
Rönitz, Dieter	Die Zulässigkeit der Revision nach der Finanzgerichtsordnung. BB 1968, 624
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 5. Aufl. München 1965
Rosenberg, Leo - Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. München 1977
Rudolph, Kurt	Die Reformbedürftigkeit der Bundesrichterwahl. DRiZ 1975, 243
Salger, Hannskarl - Münchbach, Werner	Erste Erfahrungen mit dem neuen Revisionsrecht in Zivilsachen. DRiZ 1977, 263
Schlesinger, Rudolf B.	Die Rolle des Supreme Court im Privat- und Prozeßrecht der Vereinigten Staaten Karlsruhe 1965
Schlüter, Heinrich	Streitwertrevision oder Grundsatzrevision. AnwBl. 1963, 223
Schmidt, Richard	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig 1906 Nachdruck 1910
Schneider, Egon	Verfassungsbeschwerde bei Nichtzulassung der Revision trotz Abweichung. NJW 1977, 1043
Schneider, Herbert	Das neue Revisionsrecht aus der Sicht des Anwalts. NJW 1975, 1537

Schönke, Adolf - Kuchinke, Kurt	Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. Karlsruhe 1969
Schreiber, Helmut	Reform des Revisionsrechts. AnwBl. 1975, 217
Schröder, Jochen	Der tragende Rechtsgrund einer Entscheidung. Zur Abgrenzung von ratio decidendi und obiter dictum. MDR 1960, 809
Schwinge, Erich	Grundlagen des Revisionsrechts, 1. Aufl. Bonn 1935, 2. Aufl. Bonn 1960
Siber, Heinrich	Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Schuldrecht. Leipzig 1931
Siegert, Karl	Grundlinien der Reform des Zivilprozeßrechts im Nachkriegseuropa. Köln-Berlin 1952
Soergel/Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3 Schuldrecht II, 10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
Spengler, Albrecht	Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken. Festschrift für Möhring. München und Berlin 1965 S. 165
v.Stackelberg, Curt	Die Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof 1975 S. 295
v.Staudinger, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band 4. Teil, 10./11. Aufl. Berlin 1975
Stein, Friedrich	Zu dem Gesetzesentwurfe, betreffend die Abänderung der Civilprozessordnung. ZZP 24, 209
-	Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. Tübingen 1928
Stein, Friedrich - Jonas, Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. bearb. von Rudolf Pohle, seit 1967 fortgeführt von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Eberhard Schumann. Tübingen 1964 - 1975; Band III (§§ 511-703 d) 20. Aufl. 1977

Syring	Empfiehlt sich eine Änderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen ? Gutachten zum 29. Dt. Juristentag Berlin 1908, Bd. III S. 129
Tanenhaus/Schick/ Muraskin/Rosen	The Supreme Court's Certionari Jurisdiction: Cue Theory in: Judicial Decision-Making. Hrsgg. von Glendon Schubert. New York 1963
Thomas, Hans - Putzo, Hans	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. München 1978
v.Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, 2. München Leipzig 1918
Ullmann, Eike	Das neue Revisionsrecht - unter besonderer Berücksichtigung der Patentstreitsachen. GRUR 1977, 527
Vogel, Hans-Jochen	Die Revision in Zivilsachen. NJW 1975, 1297
Vollkommer, Max	Richter und Gericht in England. ZZP 73, 145
-	Die Rechtsmittel zum U.S. Supreme Court - Beispiel für eine Grundsatzrevision. JZ 1964, 152
-	Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen. ZZP 81, 102
-	Formenstrenge und prozessuale Billigkeit. München 1973
Wach, Adolf	Die Zuständigkeit des Reichsgerichts. DJZ 1898, 5
Walther, G.	Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises. ZZP 90, 270
Wenzel, Leonhard	Der zukünftige Arbeitsgerichtsprozeß - Gefahr einer verzettelten Reform. ZRP 1978, 206

Wetzell, Georg Wilhelm — System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl. Leipzig 1898

Weyreuther, Felix — Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte. München 1971

Wilckens, Uwe — Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum ?
AcP 157, 400

Wurzel, Karl Georg — Das juristische Denken.
Wien 1904.

L e b e n s l a u f

Am 5. Mai 1950 wurde ich, Hasso Kaempfe, als Sohn des Stahlkaufmanns Dieter Kaempfe und seiner Ehefrau Christa, geb. Hirschberg, in Osnabrück geboren.

Ich lebte bis 1952 auf Gut Langelage bei Osnabrück, darauf bis 1956 in Hamburg. In Hagen/Westf. besuchte ich nach der Volksschule das humanistische Albrecht-Dürer-Gymnasium, an dem ich am 6.6.1969 die Reifeprüfung ablegte.

Von Juli 1969 bis August 1971 diente ich als Soldat auf Zeit in Lüneburg und bin zur Zeit Hauptmann der Reserve.

Im Wintersemester 1971/72 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität zu Marburg auf, das ich am 2.2.1977 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloß.

Seit April 1977 bin ich im Institut für Rechtsvergleichung der Philipps-Universität tätig, zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft, seit Juli 1977 als Assistent von Prof. Dr. R. Bruns.